

REVISTA DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA

Ano 5 - Número 2 - Julho/Dezembro - 2004



imprensa**o**ficial



Diretor

DESEMBARGADOR CARLOS AUGUSTO GUIMARÃES E SOUZA JÚNIOR

Vice-Diretor

DESEMBARGADOR OCTAVIO ROBERTO CRUZ STUCCHI

Comissão Editorial e Executiva da Revista Jurídica

DESEMBARGADOR ANTONIO CARLOS MALHEIROS

DESEMBARGADOR CAIO EDUARDO CANGUÇU DE ALMEIDA

DESEMBARGADOR CELSO LUIZ LIMONGI

DESEMBARGADOR SIDNEI AGOSTINHO BENETI

DESEMBARGADOR ALBERTO SILVA FRANCO

DESEMBARGADOR FRANCISCO DE ASSIS VASCONCELOS PEREIRA DA SILVA

JUIZ KIOITSI CHICUTA

JUIZ AROLDO MENDES VIOTTI

JUIZ ITAMAR GAINO

JUÍZA CLÁUDIA GRIECO TABOSA PESSOA

JUIZ CARLOS DIAS MOTTA

JUIZ FÁBIO GUIDI TABOSA PESSOA

DESEMBARGADOR SÉRGIO MARCOS DE MORAES PITOMBO

ex-coordenador da Revista - (*in memoriam*)

imprensaoficial

Imprensa Oficial do Estado do Estado de São Paulo

Diretor-Presidente

HUBERT ALQUÉRES

Diretor Vice-Presidente

LUIZ CARLOS FRIGERIO

Diretor Industrial

TEIJI TOMIOKA

Diretor Financeiro e Administrativo

ALEXANDRE ALVES SCHNEIDER

**REVISTA DA
ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA**

Revista da Escola Paulista da Magistratura / Escola Paulista da Magistratura.
Ano I, (1993). São Paulo, SP: Escola Paulista da Magistratura: Imprensa Oficial do Estado
de São Paulo

Semestral

2001, v. 2 (1-2)

2002, v. 3 (1-2)

2003, v. 4 (1-2)

2004, v. 5 (1- 2)

1. Direito. I. Escola Paulista da Magistratura. II. Imprensa Oficial do Estado de São Paulo



Escola Paulista da Magistratura
Rua da Consolação, 1.483
1º, 2º e 3º andares
01301-100 - São Paulo - SP
Tels.: (11) 3255-0815 / 3257-8954
www.epm.sp.gov.br
imprensaepm@tj.sp.gov.br

imprensaoficial

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo
Rua da Mooca, 1.921 - Mooca
03103-902 - São Paulo - SP
Tel.: (11) 6099-9800
Fax: (11) 6099-9674
www.imprensaoficial.com.br
livros@imprensaoficial.com.br
SAC 0800-123 401

Sumário

O juiz, a prestação jurisdicional morosa e a praga das liminares <i>Domingos Franciulli Netto</i>	7
Princípio do juiz natural como garantia constitucional <i>Alexandre de Moraes</i>	17
Soberania <i>Hélio Nogueira</i>	29
Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas <i>Leonardo Martins</i>	89
Anotações sobre a responsabilidade civil na falência <i>José Araldo da Costa Telles</i>	129
Ação rescisória: cabimento <i>João Batista Amorim de Vilhena Nunes</i>	145
A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público <i>Arthur Pinto de Lemos Júnior</i>	179
A liberdade de imprensa e a proteção à imagem à luz da teoria dos papéis sociais <i>Luis Manuel Fonseca Pires</i>	195

O juiz, a prestação jurisdicional morosa e a praga das liminares

Domingos Franciulli Netto

MINISTRO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Entendo que a crise que assola a Justiça é praticamente centenária ou “*prestes a atingir 80 anos*” como aponta o advogado Maury R. de Macedo, do Instituto dos Advogados Brasileiros.¹

Como esse arguto observador, penso igualmente que essa crise não é invencível.

Sempre me chocou o desalento que toma conta de muitos sob o pálio de que só com profunda reforma político-administrativa e a canalização de pesados recursos, ou em poucas palavras, apenas com muita vontade política, a crise da Justiça poderá ser vencida.

Filio-me entre os que ainda são da opinião de que há uma boa margem de iniciativas suscetíveis de aprimoramento da máquina forense para melhor prestação jurisdicional.

Não há como fugir da realidade segundo a qual é escasso o interesse dos membros do Executivo e do Legislativo em suplantar essa já vetusta crise, pela singela razão de que medidas para esse fim não são de efeito imediato, isto é, sem mais aguçados eufemismos, não rendem votos, já que as inovações muitas vezes levam anos para produzirem frutos. Se esses brotarem em outra legislatura ou em outro período de mandato, bem é de ver

¹ MACEDO, Maury R. de. *A Crise do Poder Judiciário Brasileiro*, p. 31.

que em nada estimulam nossos homens públicos. Permanece perene a comparação de Rui Barbosa, ao deduzir que a maioria prefere plantar a semente da couve para o prato de amanhã, e não a do carvalho para o abrigo do futuro.

Ainda neste passo, ao ideal idealíssimo deve-se preferir o ideal realizável.

No campo de abrangência do último, poucos são os que se lembram da necessidade de reestruturação de nossas secretarias e de nossos cartórios, com reclassificação e possibilidade de acesso a cargos hierarquicamente superiores. Não sei por que ainda não se criou no Brasil o curso médio de técnico judiciário. Esse curso, somado a um treinamento eficaz mínimo, poderia fornecer um contingente mais qualificado de pessoal para o melhor funcionamento daquelas unidades.

Igual observação aplica-se ao quadro de oficiais de Justiça.

Parece-me que as corregedorias deveriam cadastrar os peritos que são nomeados por livre escolha do magistrado. Ao ser o perito compromissado pela primeira vez, caberia ao magistrado oficial à corregedoria, dando o nome e a qualificação do louvado. Esse expediente facilitaria o controle correicional e disciplinar, uma vez que pululam inúmeras reclamações contra desvios e irregularidades nas perícias judiciais.

Ainda que ótimo o quadro de magistrados, pouco adiantará se não contar o juiz com boa infra-estrutura. Perguntei uma vez a um médico qual a razão do bom nome, eficiência e baixíssimo índice de infecção hospitalar, em um tradicional hospital de São Paulo, ao que ele me respondeu que tal se devia ao bom quadro de enfermeiros e paramédicos, a par, é claro, do nível dos médicos. *Mutatis mutandis...*

Afora essas considerações, que reputo pertinentes, quero neste item dedicar-me, precipuamente, a examinar um aspecto muito em voga: o de atribuir-se a morosidade da prestação jurisdicional exclusivamente ao juiz.

É verdade que o Poder Judiciário e os magistrados têm parcela de culpa pela tardinha prestação jurisdicional.

Nos idos de 1965, no ensejo da primeira edição de sua clássica obra *O Juiz*, já advertira o saudoso jurista e desembargador paulista Edgard de Moura Bittencourt que *“talvez o maior flagelo da realização da justiça seja o atraso. Não exagero nesta afirmação, porque para tudo há remédio; para erro e para*

corrupção. Só contra morosidade é que os remédios não atuam, ou pouco efeito produzem".²

A principal atividade do magistrado é a de compor litígios, em nome do Estado-juiz, uma vez que, modernamente, é por meio do processo estatal que são resolvidas as lides ou o conflito de pretensões, afora insignificante percentual de mediação e arbitragem.

De passagem, diga-se, sem embargo do despeito que merecem seus propugnadores, no meu modo de sentir, que não é por aí que serão banidos os percalços mais acentuados da Justiça. Basta citar o exemplo de que o Código Comercial (arts. 245, 294, 348 e 739), o Decreto nº 737, de 25 de novembro de 1850 (art. 411), o Código Civil de 1916, além do artigo 7º da Constituição de 1967, já previam ou o juízo arbitral ou o compromisso, como meio de composição de direitos; no entanto, foram raríssimos aqueles que desse meio lançaram mão. Ainda de modo fugaz, não há esquecer que esse tipo de composição é, na maior parte das vezes, muito dispendioso, porque a tendência sempre é a de serem indicados mediadores e árbitros dentre os profissionais mais categorizados.

Não obstante, não há razão suficiente para que se desencoraje o uso da lei de arbitragem, mormente se se forem levar em conta o banimento da obrigatoriedade da homologação judicial da arbitragem, como lembrou o então vice-presidente da República, o hoje senador Marco Maciel, na exposição de motivos da Lei nº 9.307/96, bem como os bons serviços que a arbitragem poderá prestar nas causas de alta sofisticação, profunda especialização e excepcional complexidade, nos termos constantes do bem elaborado artigo do bel. Thiago Luís Santos Sombra acerca da *Jurisdicionalidade e Constitucionalidade da Lei de Arbitragem*.³

Retornando à morosidade da Justiça, o saudoso desembargador Edgar de Moura Bittencourt, já citado, chega a afirmar enfaticamente que o juiz tem de decidir: "*...e decida, bem ou mal, mas decida — fórmula, aliás que extraio da eterna queixa dos advogados contra a abusiva demora dos magistrados*", perlustrando seu modo de pensar, todavia, com necessária advertência: "*é evidente que não se justifica a decisão má e até a imperfeita*

² BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*, p. 169.

³ SOMBRA, Thiago Luis Santos. "A jurisdicinalidade e a constitucionalidade da lei de arbitragem". *Cadernos Jurídicos*: Escola Paulista da Magistratura, pp. 97-112.

*emanada do desamor ao estudo e da desatenção aos deveres do cargo... ”.*⁴

Um experiente advogado de Mogi-Mirim, Estado de São Paulo, há muitos anos, procurou informar-se de outro advogado acerca de um magistrado que estava cotado para assumir a comarca onde o primeiro militava, ao que, o informante teria dito que se tratava de juiz de peregrinas virtudes, mas com três defeitos: primeiro, o de não ser chegado ao trabalho. Antes que prosseguisse, o indagador, lembrando-se de historieta narrada por R. Magalhães Júnior, retrucou: *“Dispense os outros dois...”*⁵

Deveras, ao juiz toca parte preponderante para dirigir o processo com celeridade e decidir os litígios dentro dos prazos legais, o que, contudo, é de difícil observância nas comarcas de grande movimento e nos tribunais com excessiva carga de autos.

O juiz não é estrela solitária dentro da relação processual, na qual, de regra, oficiam também os advogados de ambas as partes, além do Ministério Público, em certas demandas, seja como parte formal, seja como fiscal da lei.

No particular, obtempera o advogado Maury R. de Macedo que *“é justo, no entanto, se destaque da virtual eternidade da ação judicial a culpa, também, dos litigantes de má-fé e dos advogados que os representam em juízo, pelo seu afã de levarem a ação judicial a alongamentos desmesurados, principalmente através de recursos meramente protelatórios, como aqueles dirigidos a tribunais desprovidos de poder de jurisdição para alterar jurisprudências já firmadas pelo STF ou pelo STJ a respeito de questões federais constitucionais ou infraconstitucionais.*

Penso que a maioria dos juízes pelo menos tenta dirigir o processo, cumprindo

⁴ BITTENCOURT, *op. cit.*, p. 171.

⁵ A historieta referida da lavra de R. Magalhães Júnior é a seguinte: *“Alegação de três (ou mais) razões importantes, para justificar uma impossibilidade qualquer, ou casos de força maior, é jocosamente acompanhada deste acréscimo: Primeira, faltou pólvora deriva de uma historieta que o velho ‘dictionnaire des Anecdotes’ de La Combe atribui ao Grande Condé, futuro Luís II de Bourbon. Ao passar o famoso general por uma cidade da Borgonha, mãe se desculpara de não ter sido dada a salva de 21 tiros, a que o príncipe teria direito, pela sua alta hierarquia: ‘Senhor’ — dissera — ‘deixei de cumprir minha obrigação por dezenove razões muito importantes. Primeira, faltou pólvora...’ Antes que prosseguisse, o ilustre guerreiro retrucou: ‘Dispense as outras dezoito...’ No Brasil, essas razões reduzidas a três constariam da explicação de um comandante de forte, surpreendido em falta, à entrada de um navio conduzindo alta personalidade. Tudo não passa, porém, de adaptação da frase feita: Les trente-six raisons d’Arlequin, corrente há séculos na França; esse criado cômico, personagem da ‘Commedia Dell’Art’ italiana, se prontificava a justificar com trinta e seis razões diferentes o ato de seu patrão, que deixara de convidar o ofendíssimo e importante personagem para um jantar: ‘Primeiro, o meu patrão morreu...’ Como no caso da falta de pólvora, tudo o mais era inútil”. (MAGALHÃES JÚNIOR, Raymundo. Dicionário Brasileiro de Provérbios, Locuções e Ditos Curiosos, Bem Como de Curiosidades Verbais, Frases Feitas, Ditos Históricos e Citações Literárias, de Curso Corrente na Língua Falada e Escrita, p. 303).*

o seu dever de dar-lhe andamento rápido, embora raramente o consiga, vítima que também é dos efeitos deletérios da crise antiga que continua a entorpecer a Justiça e do litigante de má-fé, lutando sempre para aumentar a morosidade da ação judicial, e que, estranhamente, é quase sempre absolvido da multa irrisória do art. 18 do CPC.”⁶

No capítulo, assim pronunciou-se Francisco Peçanha Martins, ministro do Superior Tribunal de Justiça:

“A propósito do número excessivo de processos, destaco trecho de voto proferido pelo des. Laerte Nordi, do Colendo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: ‘Em qualquer estudo que se fizer sobre as razões do extraordinário número de processos que, atualmente, sobrecarregam os Juízes e dão causa à acusação de justiça morosa, há de se reservar um capítulo especial às defesas em recursos protelatórios, em que os argumentos, com certeza, não convencem nem mesmo quem deles se utilize.’”⁷

Dois problemas, entre outros, afligem a Justiça: de uma parte, o juiz tardinho; d’outra, o juiz afoito, a generalizar em profusão as liminares e a concessão de tutelas antecipadas. Sobre as últimas, deveria sempre estar presente na mente do juiz que a tutela antecipada é medida excepcional e anterior ao contraditório, o que, por si só, está a exigir-lhe redobrada cautela.

Afora esse aspecto, de um tempo a esta parte, estão sendo concedidas liminares a mancheias, o que tem contribuído para certa intranquilidade social, a par de prejuízos de monta. Não basta ao juiz apenas saber na ponta da língua o que significam *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

A espinha dorsal da questão é a aplicação conjunta desse binômio, formado por conceitos (*fumus boni iuris* e *periculum in mora*) que devem sempre estar simultaneamente presentes, além de plasmado na maturidade e no bom senso do juiz.

Nessa quadra, está por merecer estudo mais aprofundado a questão do dano inverso, isto é, o da parte que irá suportar os efeitos da liminar.

Parece-me que tudo está ligado ao papel jurídico, político e social do magistrado. O ministro Adhemar Ferreira Maciel, no ensejo de sua aposentação, ao

⁶ MACEDO, *op. cit.*, p. 66, *et seq.*

⁷ “Controle externo da magistratura: Negação da autonomia do judiciário”. *op. cit.*, p. 49.

ser entrevistado sobre assuntos gerais, a respeito desse papel, teceu, oralmente e de improviso, valiosas reflexões, em tom informal:

“Acho que o juiz, nos tempos modernos, tem um papel muito importante, de equilíbrio, no embate entre o Estado e a Sociedade. Aquele juiz passivo, de intérprete fiel da lei, já ficou envolto nas brumas do ontem. Daí, você percebe as inúmeras tentativas das medidas provisórias proibindo liminar, proibindo tutela antecipada, proibindo isso e aquilo. Não sou, evidentemente, partidário de uma Freieschule ou de um Direito Alternativo irresponsável. Mas, reconheço e admito que o juiz tem que partir da Constituição na hora de interpretar os atos normativos ou administrativos. Primeiro, a Constituição, depois, a lei ordinária. O problema — e em decorrência os abusos judiciais — pode ocorrer por falta de preparo e maturidade do nosso magistrado. Nosso juiz, hoje, começa a carreira — sobretudo na Justiça Federal⁸ — com pouca idade. Tem muita informação e pouca conformação, se você me permite a brincadeira. Por outro lado, nossas faculdades de Direito, com a democratização do ensino, não nos dão base suficiente. O aprovado em concurso de juiz deveria, antes de ser atirado às feras, fazer curso de deontologia jurídica, deveria ter um bom estágio prático, seguido de muita observação e esclarecimentos éticos. Mas, você sabe, há falta de dinheiro público para tudo. Numa Federação atrofiada, como a nossa, onde não se pode falar em representatividade política, os interesses sociais são relegados em holocausto de interesses menores. Você pode observar, no momento, a tensão existente entre o que o Governo quer e o que a sociedade gostaria que ele quisesse. Tudo isso, numa democracia, se reflete no Judiciário. Assim, cabe ao Judiciário, na sua magna função de atualização constitucional, re-frear as extrapolações governamentais do momento. Reconheço que o tema é complicado. Basta que se lembre de Franklin Roosevelt, quando da implantação do New Deal. Os justices da Suprema Corte, muitas vezes invocando a cláusula do Due Process of Law por dá cá aquela palha, tinham por inconstitucionais leis do Congresso, muitas de cunho eminentemente social. Veja, a questão não é fácil.”⁹

⁸ Nota do autor: o que também ocorre na Justiça Estadual.

⁹ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Ministro Adhemar Ferreira Maciel: Homenagem. (Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ)*; 29). p. 214, et seq.

Um dia, no corredor do 5º andar do Palácio da Justiça de São Paulo, nos idos de 1967, numa rodinha de colegas recém-empossados como juízes substitutos, um deles, com a imprudência e o entusiasmo escusáveis aos jovens, declinou ao saudoso desembargador Joaquim de Sylos Cintra, que emoldura o quadro dos maiores magistrados paulistas de todos os tempos, as quatro qualidades que, no seu entender, seriam necessárias para um bom juiz: honestidade, independência, amor ao trabalho e notável saber jurídico. O desembargador Sylos Cintra, com a fina educação que ornamentava a sua pessoa, ouviu atentamente e pediu licença para um ligeiro reparo: *“substitua, meu caríssimo jovem, o notável saber jurídico por um modesto e razoável conhecimento da ciência do Direito e acrescente uma quinta e indispensável virtude: bom senso, muito bom senso”*. Ouso acrescentar mais uma qualidade que reputo de igual peso e valor em relação às já mencionadas: maturidade, que, de regra, é plasmada não só com o passar dos anos, mas, principalmente, com a vivência, que, a meu ver, suplanta a própria experiência.

Convém ter-se sempre acesa na memória advertência feita pelo grande memorialista Pedro Nava, o qual, em entrevista concedida a uma revista de grande circulação, obtemperou que nem sempre a experiência pode socorrer o homem em todas as situações, pois, em sua imagem, a experiência é um farol de um automóvel em movimento voltado para trás; ilumina a estrada que já passou.

O saudoso ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Mario Guimarães pontua mais uma prenda que deve ornamentar as qualidades do juiz: a coragem, ao perلustrar que de pouco adiantará se — apesar de sua agudez de espírito em descobrir o emaranhado dos fatos e sobre estes sobejar-lhe capacidade para aplicar as leis e o Direito —, na hora precisa de fazer Justiça, lhe faltar, como Pilatos, o ânimo de enfrentar os descontentes.

Pontifica, mais:

“Quando se fala em temor, que possa entravar a ação do juiz, acode a toda gente a idéia do governo, que seria o coator máximo”.

Atenta, contudo, para outra realidade:

“A verdade, porém, é que, no momento presente, tanto o Estado como os seus dirigentes são bastas vezes derrotados nos pretórios. Os governos raramente ousam importunar os juizes, e, se repelidos, não insistem. A

força temerosa, capaz de apavorar os magistrados tímidos, força que em todos os tempos foi ativa, e hoje, no século da demagogia, tomou intensidade desmedida, é a pressão popular.

A História ensina, diz Carlos Maximiliano, 'que a pressão popular, o despotismo das maiorias é mais temível do que o chefe do Estado'.

E Calamandrei adverte haver mais coragem em ser justo, parecendo injusto, do que em ser injusto, para que sejam salvas as aparências."¹⁰

Embora não deva o juiz ser habitualmente novidadeiro, às vezes, depois de refletidos estudos, nada está a empecer que inove em sua função jurisdicional, administrativa e correccional, sem temer críticas ou censuras. Proibi, nos idos de 1973, quando judiciava em Campinas, o protesto cambiário contra o avalista, ineditismo que causou surpresas, mas depois passou a ser norma de aprovação geral.¹¹

A prudência é uma virtude que nada tem a ver com o medo de inovar, quando inovar se fizer necessário. A história aponta vários exemplos de prudência que se exteriorizaram exatamente em ato de coragem.

No campo da praga das liminares, que, infelizmente, assola o mundo forense dos dias de hoje, ao exato conhecimento jurídico que deve lastrear sua concessão *in limine*, deve somar-se uma boa dose de bom senso.

Sem a mínima pretensão de doutrinar a respeito de tema que pessoas mais cultas já singraram, não custa lembrar algumas lições que, amiudadamente, não têm sido bem compreendidas ou são inteiramente ignoradas.

É de todo oportuno rememorar que a finalidade da medida cautelar é a de garantir a eficácia da sentença a ser proferida na ação principal ou no respectivo recurso, ou seja, manter a situação de fato tão incólume quanto possível, a fim de ser mantido o equilíbrio entre as partes, sem o que se tornariam, em muitos casos, inúteis ou ineficazes os efeitos da sentença ou o decidido no recurso.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, a ação cautelar "*corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça*

¹⁰ GUIMARÃES, Mario. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. p. 135, et seq.

¹¹ Publicado na *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, pp. 151/152.

de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal; vale dizer, a ação cautelar consiste no direito de assegurar que o processo possa conseguir um resultado útil".¹²

De outra parte, perdão pela repetição, o binômio plausibilidade do direito invocado ou *fumus boni juris* e *periculum in mora* devem sempre estar umbilicalmente ligados e presentes, sem o que desaparece a base jurídica para a concessão da liminar.

Essa é a lição do saudoso professor e grande mestre José Frederico Marques: "*na conjugação do fumus boni juris com o periculum in mora é que reside o pressuposto jurídico do processo cautelar*".¹³

Se há dúvida razoável sobre a plausibilidade do bom direito, isto é, se tal plausibilidade não socorre somente o recorrente, por não se poder, *prima facie*, descartar a improcedência da pretensão contida na ação ou no recurso principal, de uma parte, e se, por outro lado, o dano da parte contrária, de terceiros ou de interesse público for de igual ou maior intensidade, peso e valor, há a figura do dano inverso, a exigir maior reflexão por parte do juiz, pois já é de sabença popular que se não deve vestir um santo à custa de desvestir-se outro.

Vários anos depois das sábias palavras do desembargador Sylos Cintra, ouvi severas críticas do saudoso desembargador Edgard Aparecido de Souza, conquanto vazadas com extremada educação, acerca de uma liminar que passo a resumir.

Na undécima da hora de uma importantíssima partida de futebol, até onde me lembro que decidia um campeonato paulista, com toda a lotação do estádio previamente vendida, a par da preparação desencadeada pela imprensa, falada, escrita e televisiva para cobertura do evento, sem se perder de vista o interesse da outra parte litigante e do público em geral, por questão de simples interpretação de regulamento, concedeu-se uma liminar para suspender o referido jogo, que acabou por ser realizado somente dois ou três meses depois.

Recordo-me que o desembargador terminou suas críticas com palavras que ficaram indelevelmente crivadas na minha memória. Esse meritíssimo juiz fez exatamente o contrário do que deveria ter sido feito, dadas as

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, p. 45.

¹³ MARQUES, *op. cit.*, p. 434.

circunstâncias fáticas acima já apontadas e a não bem clarificada plausibilidade do direito invocado pela equipe requerente da medida, além, é claro, da má caracterização do *periculum in mora*, o que se poderia chamar de dano inverso, uma vez que a partida poderia ter sido realizada e, se fosse o caso, depois anulada ou desconstituída.

Todo empenho para melhorar as coisas é válido, pois o processo e o procedimento, a par de outras medidas, precisam ser escoimados das eivas que os contaminam. Não podemos perder de vista a perspectiva de que a melhor justiça ainda é a justiça judiciária, como lembra o mestre da jurisprudência americana Roscoe Pound.¹⁴

Bibliografia

- MACEDO, Maury R. de. *A Crise do Poder Judiciário Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Folha Carioca, 2003, p. 31.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. *O Juiz*, 3ª ed., Campinas: Millennium, 2002, p. 169.
- SOMBRA, Thiago Luis Santos. "A jurisdicionalidade e a constitucionalidade da lei de arbitragem". *Cadernos Jurídicos*: Escola Paulista da Magistratura, v. 2, nº 6, jul./ago. 2001, pp. 97-112.
- MAGALHÃES JÚNIOR, Raymundo. *Dicionário Brasileiro de Provérbios, Locuções e Ditos Curiosos, Bem Como de Curiosidades Verbais, Frases Feitas, Ditos Históricos e Citações Literárias, de Curso Corrente na Língua Falada e Escrita*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Documentário, 1974, p. 303.
- "Controle externo da Magistratura: Negação da autonomia do Judiciário". *op. cit.*, p. 49.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Ministro Adhemar Ferreira Maciel: Homenagem*. Brasília: STJ, 2000 (*Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e STJ*; 29), p. 214, *et seq.*
- GUIMARÃES, Mario. *O Juiz e a Função Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 135, *et seq.*
- Publicado na *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo: Ed. RT, ano XII, Nova Série, nº 9, 1973, pp. 151/152.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*, 18ª ed., São Paulo: Leud, 1999, p. 45.
- MARQUES, *op. cit.*, v. 5, p. 434.
- POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei*, São Paulo: Ibrasa, 1965, p. 67, *et seq.*

¹⁴ POUND, Roscoe. *Justiça Conforme a Lei*, p. 67, *et seq.*

Princípio do juiz natural como garantia constitucional*

Alexandre de Moraes

DOUTOR EM DIREITO DO ESTADO E LIVRE-DOCENTE EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA USP, PROFESSOR-ASSOCIADO DA FACULDADE DE DIREITO DA USP E PROFESSOR TITULAR DA UNIVERSIDADE MACKENZIE. ATUALMENTE, EXERCE O CARGO DE SECRETÁRIO DE ESTADO DA JUSTIÇA E DA DEFESA DA CIDADANIA DE SÃO PAULO

SUMÁRIO: 1. Breve introdução ao princípio do juiz natural - 2. Princípio do juiz natural e efetivo combate à corrupção e à improbidade administrativa - 3. Inexistência de foro privilegiado em relação às ações por ato de improbidade administrativa - 4. Princípio do juiz natural e taxatividade constitucional das competências originárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça - 5. Inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002 - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. Breve introdução ao princípio do juiz natural

A imparcialidade do Judiciário e a segurança do povo contra o arbítrio estatal encontram no princípio do juiz natural, proclamado nos incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Federal, uma de suas garantias indispensáveis, já explicitada por Boddo Dennewitz, ao afirmar que a instituição de um tribunal de exceção implica uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o *status* conferido ao Poder Judiciário na democracia.¹

* Aula magna proferida na abertura do II Curso de Pós-graduação *Latu Sensu* – especialização em Direito Processual Penal da Escola Paulista da Magistratura, no dia 4 de agosto de 2003, no auditório da EPM.

¹ DENNEWITZ, Boddo. *Kommentar zum Bonner Grundgesetz: Bonner Kommentar*. Hamburgo : Joachin Hestmann, 1950. art. 101.

O juiz natural é somente aquele integrado no Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal. Assim, afirma José Celso de Mello Filho que somente os juízes, tribunais e órgãos jurisdicionais previstos na Constituição se identificam ao juiz natural, princípio que se estende ao poder de julgar, também previsto em outros órgãos, como o Senado, nos casos de impedimento de agentes do Poder Executivo.²

O referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir-se a criação de tribunais ou juízos de exceção, como também exigir-se respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Desde a Constituição Política do Império do Brasil, jurada a 25/3/1824, o Direito Constitucional brasileiro previa, em seu Título VIII — Das disposições geraes, e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros —, extenso rol de direitos humanos fundamentais, entre eles o princípio do juiz natural, repetido, igualmente, por nossa 1ª Constituição republicana, de 24/2/1891, que, em seu Título III — Seção II, previa a Declaração de Direitos e nas demais Cartas Republicanas.³

O direito a um juiz imparcial constitui, portanto, garantia fundamental na administração da Justiça em um Estado de Direito e serve de substrato para a previsão ordinária de hipóteses de impedimento e suspeição do órgão julgador. Sempre, repita-se, no intuito de garantir a imparcialidade do órgão julgador.

2. Princípio do juiz natural e efetivo combate à corrupção e à improbidade administrativa

Em sessão de 20 de novembro de 2002, adiada por pedido de vista, o Supremo Tribunal Federal iniciou a importante discussão sobre a existência ou não de foro especial para agentes políticos processados por atos de improbidade administrativa.

² MELLO FILHO, José Celso. "A tutela judicial da liberdade", RT 526/291.

³ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 168.

Discussão, porém, que, desviando-se do foco inicial, acabou por gerar posicionamento inicial no STF sobre a não aplicação da lei de improbidade aos agentes políticos, ou seja, ao Presidente, governadores, prefeitos, parlamentares, membros do Poder Judiciário e do Ministério Público.

Entendemos que tal posicionamento, em que pese a excelência de seus defensores, enfraquecerá o combate à improbidade administrativa e tornará mais ineficaz a luta contra a corrupção no Brasil.

O combate específico à improbidade administrativa, no campo civil, foi iniciado com o Decreto-lei federal nº 3.240, de 8 de maio de 1941, que previa o seqüestro e a perda dos bens de autores de crimes que resultaram prejuízo para a Fazenda Pública, desde que resultasse locupletamento ilícito, e subsidiariamente a reparação civil do dano e a incorporação ao patrimônio público de bens de aquisição ilegítima de pessoa que exercesse ou tivesse exercido função pública.⁴

A Constituição de 1946 estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o seqüestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica (artigo 141, § 3º).

A regulamentação legal veio com a Lei nº 3.164/57 (Lei Pitombo-Godói). Posteriormente, o Congresso Nacional editou a Lei nº 3.502/58 (Lei Bilac Pinto), estabelecendo as providências para o combate ao enriquecimento ilícito. O AI nº 14/69, ao estabelecer nova redação ao artigo 150, § 11 da Constituição Federal, posteriormente renomeado artigo 153, § 11, pela EC nº 01/69, da mesma maneira que a Constituição de 1946, estabeleceu a possibilidade de regulamentação legal sobre o confisco e sobre o perdimento de bens por danos causados ao Erário, ou no caso de enriquecimento ilícito no exercício de cargo, função ou emprego na administração pública, direta ou indireta.

A CF/88 foi mais além do que simplesmente prever o perdimento de bens, em seu artigo 37, § 4º, da Constituição Federal determina que os atos de improbidade administrativa importarão: a suspensão dos direitos políticos; a perda da função pública; a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo

⁴ Cf. MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 2002, p. 320.

da ação penal cabível e sem excluir qualquer agente político de sua incidência. Em atendimento à Constituição Federal, foi editada a Lei nº 8.429/92, estabelecendo as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício do mandato, cargo, emprego ou função Administrativa Pública direta, indireta ou fundacional e dando outras providências.

A lei de improbidade, portanto, não pune a mera ilegalidade, mas sim a conduta ilegal ou imoral do agente público, e de todo aquele que o auxilie, voltada para a corrupção. A finalidade do combate constitucional à improbidade administrativa é evitar que os agentes públicos atuem em detrimento do Estado, pois, como já salientava Platão, a punição e afastamento da vida pública dos agentes corruptos pretende fixar uma regra proibitiva de que os servidores públicos não se deixem “*induzir por preço nenhum a agir em detrimento dos interesses do Estado*”.⁵

A proibição de responsabilizarem-se os mais altos mandatários da República por atos de improbidade administrativa, isentando-os da incidência da Lei nº 8.429/92, parece-nos ferir os princípios republicanos, em especial, o princípio da igualdade, legalidade e moralidade administrativa, indo ao encontro do secular problema governamental central, discutido por Aristóteles⁶ e Rousseau,⁷ e que permanece latente nos dias de hoje, de como uma comunidade deve conseguir ser um Império de Leis, e não de Homens; para isso, deve aplicar igualmente suas leis, pois, como lembra Cícero, “*fazem muito mal à República os políticos corruptos, pois não apenas se impregnam de vícios eles mesmos, mas os infundem na sociedade*”.⁸

Todos os agentes públicos, portanto, devem estar sujeitos à responsabilidade judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, nos termos do § 4º, do artigo 37 da Constituição Federal, observando-se, igualmente, as regras constitucionais e legais de definição de competência para o processo e julgamento, em absoluto respeito ao princípio do juiz natural.

⁵ PLATÃO. *Leis*, 715d.

⁶ ARISTÓTELES. *Política*, 1286a.

⁷ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.

⁸ CÍCERO. *Manual do Candidato a Eleições. Carta do Bom Administrador e Pensamentos Políticos Selecionados*. São Paulo: Nova Alexandria, 2000, p. 15.

3. Inexistência de foro privilegiado em relação às ações por ato de improbidade administrativa

A Constituição Federal de 1988 não incluiu o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa na esfera de atribuições jurisdicionais originárias do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais ou quaisquer outros tribunais, cuja competência originária não as abranja, ainda que propostas em face dos congressistas,⁹ de ministros de Estado, governadores, prefeitos ou do próprio Presidente da República.¹⁰

Em relação à competência para propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa praticado por então prefeito, posteriormente eleito deputado federal, afirmou o Supremo Tribunal Federal que *“como a alegação de improbidade administrativa concerne à atuação do acusado como prefeito municipal, observadas as formalidades legais atinentes à espécie, competente para propor a ação de improbidade administrativa é o representante do Ministério Público, com atribuição específica, ou a Prefeitura de Acaraú (art. 17 da Lei nº 8.429).*

*Obviamente, o Supremo Tribunal Federal não é o órgão competente para conhecer, inicialmente, de ação de improbidade administrativa, ainda que proposta contra quem detenha atualmente o mandato de deputado federal”.*¹¹

No mesmo sentido, o entendimento pacífico do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, pela inexistência de foro privilegiado em relação à propositura de ação civil pública por ato de improbidade administrativa contra ato de prefeito municipal, afirmando que *“a competência originária*

⁹ “Senador da República. Inquérito Civil. Ação civil pública. Medida processual a ser eventualmente adotada contra empresas que estiveram sujeitas ao poder de controle e gestão do parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo. Alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal. Ausência de plausibilidade jurídica. Medida liminar cassada. O Supremo Tribunal Federal — mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos comuns — não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes” (STF, Agravo Regimental em Reclamação nº 1.110-1/DF, rel. min. Celso de Mello, decisão de 25/11/99, Informativo STF nº 172).

¹⁰ “O foro privilegiado concedido pelo art. 29, VIII, da CF, a prefeito municipal em razão do cargo, diz respeito somente aos casos de responsabilidade penal, não se estendendo aos de natureza civil” (RT 694/88); “Competência – Prefeito municipal – Ação Civil Pública contra esse – Foro privilegiado – Prerrogativa de função – Inadmissibilidade – Garantia restrita à esfera penal – Súmula nº 394 do Supremo Tribunal Federal” (JTJ 170/20). Cf., ainda, nesse sentido: TJ/SP, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 278.064-1/9, rel. des. Corrêa Vianna, decisão de 27/5/97.

¹¹ STF, Pleno, Inquérito nº 1202-5/CE, rel. min. Carlos Velloso, *Diário da Justiça*, Seção I, 4 mar. 1997, p. 4.800.

do Tribunal de Justiça é para o — julgamento do prefeito —, isto é, diz respeito a ações criminais contra o prefeito, quando, então, será ele julgado. Não diz respeito a outras ações nas quais se julga a responsabilidade civil dele por atos praticados no exercício do cargo.¹²

Diversamente, o ex-ministro Paulo Brossard defende a existência de foro especial para as ações civis por ato de improbidade administrativa de membros do Poder Judiciário, afirmando que, *“em tema pertinente ao exercício de suas funções judicantes ou administrativas, envolvendo mesmo sua permanência na magistratura ou o seu afastamento dela, não pode ser processado e julgado por juiz a ele hierarquicamente inferior”*.¹³

Nesse mesmo sentido, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes defendem *“a incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar causas de improbidade administrativa em que sejam réus ministros de Estado ou membros de tribunais superiores, em face da natureza das sanções aplicáveis, que ultrapassam os limites da reparação pecuniária e podem ir, em tese, à perda da função pública. Admitir a competência funcional dos juízos de primeira instância é subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competência”*.¹⁴

Discordamos desse posicionamento, pois a Constituição Federal, consagrando o princípio do juiz natural (artigo 5º, incisos XXXVII e LIII), não permite alterações de foro por conveniências ou analogias políticas. O legislador constituinte foi claro ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal — bastando, por exemplo, a leitura do artigo 102, I, *b* ou artigo 105, I, *a* —; excluindo-se, portanto, de forma peremptória o processo e julgamento das ações civis por ato de improbidade administrativa originariamente nos tribunais, independentemente do cargo ou função ocupado pelo agente público.

Fábio Konder Comparato, igualmente, nega a existência de foro especial para responsabilização por atos de improbidade administrativa, afirmando que *“a criação de foros privilegiados, em razão da função ou cargo público exercido por alguém, é sempre submetida ao princípio da reserva, de natureza*

¹² TJ/SP, 2ª Câmara Civil, Apelação Cível nº 201.861-1/8, rel. des. Lino Machado, decisão de 1º/3/94; Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Público, Apelação Cível nº 278.064-1/9, São Paulo, rel. des. Corrêa Vianna, decisão de 27/5/97. Conferir, ainda: RT 694/88; JTJ 170/20;

¹³ BROSSARD, Paulo. Parecer juntado na Reclamação Nº 591 (7/10/98), ajuizada perante o Superior Tribunal de Justiça.

¹⁴ WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. “Competência para julgar improbidade administrativa”. *Correio Brasiliense*.

constitucional ou legal. Em nenhum país do mundo, que se pretenda Estado de Direito, ou, mais ainda, Estado Democrático de Direito, nunca se ouviu dizer nem sequer sugerir que o Poder Executivo, ou o Poder Judiciário tenham competência para criar prerrogativas de foro; pior ainda — o que seria inominável abuso — ninguém jamais admitiu a constitucionalidade de sistemas jurídicos onde houvesse prerrogativas de foro para os próprios membros do Poder que as criava”; para concluir que os privilégios de foro, “representam uma exceção ao princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei. Em conseqüência, tais prerrogativas devem ser entendidas à justa, sem a mais mínima ampliação do sentido literal da norma. Se o constituinte não se achar autorizado a conceder a alguém mais do que a consideração da utilidade pública lhe pareceu justificar, na hipótese, seria intolerável usurpação do intérprete pretender ampliar esse benefício excepcional”¹⁵.

4. Princípio do juiz natural e taxatividade constitucional das competências originárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça

A idéia de taxatividade constitucional das competências originárias dos Tribunais Superiores nasceu com a idéia de supremacia jurisdicional por meio do controle de constitucionalidade, ambas sendo firmadas no célebre caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137 - 1803), em histórica decisão da Suprema Corte americana, relatada por seu *chief justice* John Marshall.¹⁶

Marbury havia sido nomeado em 1801, nos termos da lei, para o cargo de juiz de paz no Distrito de Columbia, pelo então Presidente da República John Adams, do Partido Federalista, que se encontrava nos últimos dias de seu mandato. Ocorre, porém, que não houve tempo hábil para que fosse dada a posse ao já nomeado Marbury, antes que assumisse a Presidência da República o republicano Thomas Jefferson. Este, ao assumir, determinou que seu secretário de Estado, Madison, negasse posse a Marbury, que, por

¹⁵ COMPARATO, Fábio Konder. “Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau”. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, nº 9, jan. 99.

¹⁶ ABRAHAM, Henry J. “A Corte Suprema no evolutivo processo político”. In: vários autores. *Ensaio sobre a Constituição dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978, p. 93. COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 142. BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987, p. 132.

sua vez, em virtude dessa ilegalidade, requereu à Suprema Corte um *mandamus*, para que o secretário de Estado Madison fosse obrigado a dar-lhe posse.

Toda essa questão envolvia não só conflitos jurídicos, mas também políticos, pois a Suprema Corte era composta majoritariamente de federalistas, enquanto o Congresso e o Executivo estavam sob o controle dos republicanos, que jamais aceitariam uma intervenção direta do Judiciário nos negócios políticos do Executivo.¹⁷

Como lembrado por Lêda Boechat Rodrigues, “em 1802, nos jornais e no Congresso, foi a Corte violentamente atacada, sugerindo James Monroe o impeachment contra os seus juízes, se ousassem aplicar os princípios da common law à Constituição. A mesma providência foi pleiteada, dias antes da decisão, por um jornal oficioso do governo, o Independent Chronicle, de Boston, segundo o qual a concessão da medida significaria guerra entre departamentos constituídos. Se concedida, a medida certamente não seria cumprida”.¹⁸

Marshall, de forma hábil, tratou o caso pelo ângulo da competência constitucional da Suprema Corte Americana, analisando a incompatibilidade da Lei Judiciária de 1789, que autorizava o Tribunal a expedir mandados para remediar erros ilegais do Executivo, e a própria Constituição, que, em seu artigo III, seção 2, disciplinava a competência originária da Corte.¹⁹

Assim, apesar de a Corte ter entendido ser ilegal a conduta do secretário de Estado Madison, por recusar-se a expedir a comissão legalmente devida a Marbury, proveniente da ação do antigo Presidente Adams, com aprovação da maioria do Senado, entendeu, preliminar e prejudicialmente, que carecia de competência para emitir o mandado requerido, uma vez que as competências da Suprema Corte estariam taxativamente previstas pela Constituição, não podendo o Congresso Nacional, por meio da Lei Judiciária de 1789, ampliá-las.

Esse posicionamento tem exatos 200 anos na doutrina constitucional norte-americana e mais de 110 anos na doutrina e jurisprudência nacionais, pois, igualmente, foi consagrado, no Brasil, desde nossos primeiros passos

¹⁷ Cf. MORAES, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 2000, pp. 95 segs.

¹⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 35.

¹⁹ HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999, p. 173; SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962, pp. 10-14; SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 257.

republicanos,²⁰ pois o Supremo Tribunal Federal, que nasceu republicano com a Constituição de 1891 e com a função precípua, como salientado por Afonso Arinos, de defender a Constituição em face, principalmente, do Poder Legislativo, por meio da revisão da constitucionalidade das leis,²¹ jamais admitiu que o Congresso Nacional pudesse alterar suas competências originárias por legislação ordinária, pois, como salientado por nossa Corte Suprema, seu “*complexo de atribuições jurisdicionais, de extração essencialmente constitucional, não comporta a possibilidade de extensão, que extravase os rígidos limites fixados em numerus clausus pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, I, da Carta Política*”.²²

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, nos termos, respectivamente, dos artigos 102 e 105, somente poderão processar e julgar, originariamente, as hipóteses previstas no texto constitucional, e, entre elas, não se encontra a hipótese de improbidade administrativa.

5. Inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002

Dessa forma, não resta dúvidas sobre a flagrante inconstitucionalidade da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que, alterando a redação do art. 84 do Código de Processo Penal, estabeleceu, em seu § 2º, que a ação de improbidade administrativa deverá ser proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública.

Essa extensão de competência ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça, para o processo e julgamento de ações de improbidade administrativa das autoridades descritas nos artigos 102 e 105 da Carta Magna, fere, frontalmente, não só o princípio do juiz natural e uma das regras clássicas do Direito Constitucional, nascida em 1803, como também a pacífica interpretação do Supremo Tribunal Federal sobre a definição taxativa de competências da Corte Suprema prevista no artigo 102 da Constituição Federal, devendo, portanto, ser declarada inconstitucional.

²⁰ Conferir, nesse sentido, diversas julgamentos: RTJ 43/129, RTJ 44/563, RTJ 50/72, RTJ 53/776.

²¹ MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 98.

²² STF, Petição nº 1.026-4/DF, rel. min. Celso de Mello, *Diário da Justiça*, Seção I, 31 maio 1995, p. 15.855.

6. Conclusão

A Constituição Republicana de 1988, portanto, foi absolutamente cristalina ao direcionar os foros especiais em razão da dignidade da função somente para o processo penal — bastando, como já citado, a leitura do artigo 102, I, *b* ou artigo 105, I, *a* —, excluindo-se o julgamento das ações por ato de improbidade administrativa da esfera de atribuições jurisdicionais originárias do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

Eventual alteração dessa regra, prevendo competência originária do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça para processo e julgamento de ações de improbidade administrativa somente poderá ocorrer com expressa alteração constitucional, por meio de Emendas à Constituição, uma vez que o próprio Pretório Excelso somente admite a alteração de suas competências originárias pelo legislador constituinte derivado,²³ sendo absolutamente vedado ao legislador ordinário ampliar as suas competências originárias.

Portanto, para que se evite o desrespeito ao princípio do juiz natural e eventual perigo de retrocesso na fiscalização de corrupção na administração pública, que gera a ineficiência e o descrédito na Democracia, como já salientou Bobbio, a Lei de Improbidade Administrativa deve ser aplicada a todos os servidores públicos, dos mais humildes aos mais graduados, em total observância ao princípio do juiz natural e às regras constitucionais de competência, com o intuito de prevenir a corrosão da máquina burocrática do Estado e garantir a transparência na condução dos negócios políticos do Estado.²⁴

7. Bibliografia

- ABRAHAM, Henry J. “A Corte Suprema no evolutivo processo político”.
In: Vários autores. Ensaíos sobre a Constituição dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.
- ARISTÓTELES. *Política*, 1286a.

²³ A respeito dessa possibilidade, conferir análise pelo STF da EC nº 22/99, que transferiu o processo e julgamento de *habeas corpus* contra ato de coação derivado de decisão colegiada de TRF ou Tribunais Estaduais do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça (STF, 2ª Turma, HC nº 78.416/RJ, questão de ordem, rel. min. Maurício Corrêa, decisão de 22/3/1999; STF, 1ª Turma, HC nº 78.756-6/SP, rel. min. Sepúlveda Pertence, *Diário da Justiça*, Seção I, 29 de março 1999, p. 21).

²⁴ BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986, p. 158.

- BAUM, Lawrence. *A Suprema Corte Americana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma Defesa das Regras do Jogo*. São Paulo: Paz e Terra Política, 1986.
- BROSSARD, Paulo. Parecer juntado na Reclamação nº 591 (7/10/98) ajuizada perante o Superior Tribunal de Justiça.
- CÍCERO. *Manual do Candidato às Eleições. Carta do Bom Administrador e Pensamentos Políticos Seleccionados*. São Paulo: Nova Alexandria, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. “Ação de improbidade: Lei 8.429/92. Competência ao juízo do 1º grau”. *Boletim dos Procuradores da República*, ano 1, nº 9, jan. 99.
- COOLEY, Thomas. *Princípios Gerais de Direito Constitucional dos Estados Unidos da América do Norte*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- DENNEWITZ, Boddó. *Kommentar zum Bonner Grundgesetz: Bonner Kommentar*. Hamburg: Joachin Hestmann, 1950, art. 101.
- HALL, Kermit L. *The Oxford Guide to United States Supreme Courts Decisions*. New York: Oxford University Press, 1999.
- MELLO FILHO, José Celso. “A tutela judicial da liberdade”. *RT* 526/291.
- MELO FRANCO, Afonso Arinos. *Curso de Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.
- ————. *Direito Constitucional Administrativo*. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 2002.
- ————. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo: Atlas, 2000.
- PLATÃO. *Leis*, 715d.
- RODRIGUES, Lêda Boechat. *A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1994.
- SCHWARTZ, Bernard. *Direito Constitucional Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- SWISHER, Carl Brent. *Decisões Históricas da Corte Suprema*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.
- WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. “Competência para julgar improbidade administrativa”. *Correio Brasiliense*.

Soberania

Hélio Nogueira

JUIZ DE DIREITO EM SÃO PAULO

SUMÁRIO: I - Introdução. II - Teoria do Estado - O Estado como instrumentação organizacional à consecução de objetivos baseados em sistema normativo - 1. O território - 2. O povo - 3. Poder do Estado. III - Histórico - A soberania em concerto e expressão histórica ao surgimento e poder do Estado. IV - Soberania - Conceituação e compreensão como elemento do Estado na formulação de políticas públicas. V - Constituição e a ordem legal interna como vetores da soberania do Estado - 1. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - A soberania e a independência nacional - 2. O Direito Administrativo como ciência afim ao tema - 3. Federação. VI - Direito Internacional Público - Regras de incorporação e deliberação livre dos Estados. VII - Tratados internacionais. VIII - Soberania interna - 1. As empresas multinacionais no mundo globalizado - 2. Tratados econômicos - 3. Dívida externa - Acordos com o Fundo Monetário Internacional. IX - Ordem internacional. X - Conclusão. XI - Bibliografia

I - Introdução

Em tempos de hoje, está em voga trilhar-se compreensão de que os países de menor potencial político-econômico, integrantes do grupo denominado Terceiro Mundo, no contexto globalizado, se apresentariam

tisnados em elemento essencial como Estados independentes, atinente à soberania.

Seria fator da relativização desse atributo, secularmente tido por distintivo e essencial à realidade institucional de cada um, a sujeição involuntária, irrefragável e necessária derivada da comunicação e aproximação invasiva de outros Estados, fruto do processo massificado, globalizado da economia e impossível de ser barrado nos limites físicos de cada território, tornando difícil uma vontade de contraposição.

E, por esse turbilhão de fatores influentes de fora, incessantes, rápidos, imperceptíveis, estaria a ferir esse Estado, dito independente no plano externo e soberano internamente, de forma profunda, afetando-o nos alicerces de sua vida político-jurídica e vontade livre.

Esse cenário de transformação estaria levando-o a tornar-se cativo de conjunção histórico-político-econômica irreversível, geradora de uma interligação que levaria, em plano horizontal, regional, a um processo de integração e ou de absorção entre Estados, dando matiz novo e distinto a mencionado atributo, por necessidade de concessões entre esses novos parceiros políticos institucionais, com amoldagem jurídica forçada de conformação a esses interesses múltiplos.

No plano externo e vertical das relações exteriores e independentes, esse mesmo Estado, originariamente tido como detentor de soberania absoluta, apresentar-se-ia obrigado ao reconhecimento de uma ordem jurídica supranacional, influente e superveniente, com poder de contenção de seu atuar, ditando condutas e adaptações normativas que seriam cogentes aos nacionais.

Essa leitura autorizaria afirmar, ante esse redesenho geográfico sem fronteiras, que o ato de império indissociável da afirmação de um Estado soberano estaria sendo diluído para transformá-lo em parte de um processo maior, amorfo, de logística econômica quase que despersonalizada, suscetível e maleável à predominância do capital financeiro das parcerias internacionais.

À vista desse quadro conceitual observado nos textos dos articulistas versando o tema, o da relativização do elemento soberania de que detentor o Estado, nesse particular trabalhando esse espectro em torno do Brasil, é propósito, ao tratar do tema aqui, de refutar, em cada aspecto pontual a se versar, interno e externo, que se possa, a despeito de nuances aparentes de

mácula da inflexibilidade da soberania do Estado, que se tenha aqui e acolá aquebrantada.

É idéia nuclear que, ontem como hoje, sem necessidade ao recurso a reforço histórico, este elemento do Estado, sem se afastar da forma com que se origina, se transforma e se extingue, presente está como absoluto, com a característica de unicidade, indelegabilidade, em todo o tempo da sua existência personalizada e institucionalizada.

É explanação que se tentará aqui produzir que a realidade histórica, política e jurídica da evolução do mundo, a seu momento, a concreção da soberania como um atributo do Estado foi trabalhada e interpretada na contenção de seu tempo, a não se permitir espelhá-la como figurino para hoje e para a reflexão de estar, por temperamentos, relativizada.

Indiferente para contrariar tal assertiva, a potencialidade de se ver ontem, como hoje, que Estados, verdadeiras superpotências, desrespeitando regras de convivência pacífica internacional e às ideologias que cada Estado se apresenta com direito de eleger e adotar, possam se dispor a interferir e promover agressões por motivações variadas e em nome de razões falsamente alardeadas como do interesse geral da comunidade internacional.

Afinal, historicamente essa convivência mundial dos Estados com a hegemonia imperial de um ou outro país, jamais se constituiu em fator de inferência de que, entre todos, isso representaria desfiguração da soberania de que detentor cada um em suas relações recíprocas, sendo denominador desse atributo a livre escolha de suas políticas públicas, internas e externas, e de melhor conveniência e interesse para o seu povo.

Por conseguinte e como afirmado, a proposição de soberania como fator indelegável e associado a um Estado, é compreensão autorizada, far-se-ia exercitada de forma incisiva nos tempos de hoje, mais revigorada e palpável até na efetividade dos confrontos comparativos de circunstâncias sinalizadas dos tempos passados, sobrepondo-se quando do exercício de exemplificações e contrariando os que querem ver hoje o Estado enfraquecido.

Esse é um ângulo da temática que seria decorrente de um trabalho mental dos detentores do capital financeiro, que, por formulações gerais de seus ideais de crescimento, de modo implacável e plantado por agentes de sua causa, buscam disseminar a idéia do fracionamento do poder como possível, afastando o Estado de seu papel central no comando das ações de interesse de seu povo.

Entretanto, hoje mais do que antes, o papel do Estado na vida pós-moderna tem relevância ímpar e fundamental para que, no particular de cada povo, haja um aperfeiçoamento dos valores, potencializando o crescimento moral, educacional, cultural e econômico dos seus.

Decerto, se antes havia o dever de se assegurarem os direitos fundamentais das pessoas diante do Estado, em contraposição, alinhados como direitos de primeira geração, já ontem e hoje, emergindo ondas dos chamados direitos de segunda, terceira e quarta geração, ao exercício e garantia deles, é atribuição do Estado esse desempenho de políticas públicas para atingi-los. Se assim, como conciliá-lo com a idéia de que o seu elemento soberania apresente-se sofrendo processo de retaliação?

Muito nítido, no quadro atual da vida política e social dos povos, que o bem-estar social deles tem, no particular do Estado, que integrem a personificação autorizada da consecução desses objetivos superiores, por ser o único comprometido e legitimado na ordem jurídica interna de perseguir-los.

Neste sentido, não desnatura ou relativiza o seu elemento soberania a existência de parcerias internas e externas, seja por delegação ou políticas de fomentos, vez que esses entes privados não retiram ou substituem o papel do Estado e não são feridores de sua missão e poder de império.

Da mesma forma, não se constituiria em menoscabo de sua independência nas relações externas a subscrição de programas e tratados que versem temas de interesse geral, como não ser fator de infringência de sua soberania a idéia não correta e alardeada de que seriam adesões indissolúveis e irrenunciáveis, tornando o Estado assim encontrado cativo de uma ordem externa e superior.

Em verdade, quer se extrair, com este trabalho, se hoje mais que antes consolidando-se o direito público em contraposição ao direito privado, estando-se a assistir por isso à necessidade de maior atuação do Estado pela atribuição que é só sua de assegurar os interesses públicos mais relevantes, quais as políticas urbanas gerais, a reengenharia da propriedade rural à sua finalidade social, preservação dos mananciais, flora e fauna, biodiversidade, incompreensível e contraditório dá-lo hoje por enfraquecido e relativizado no seu elemento soberania.

E particularizada a temática no plano do Brasil, volta-se à proposição para demonstrar que a visão dessa relatividade seria um vício de interpretação, ideologicamente trabalhado no entrechoque das forças internas, na

conveniência de sugerir caminhos pontuados ou alternativos, usando-se o escudo da auto-afirmação do país.

E, diferente disso, a contrariar esse enfoque distorcido, realçar o que a ordem jurídica interna traduz, considerando prisma autorizado pela Constituição Federal, que, de forma precedente, norteia a conformação jurídica da política interna e da externa adotadas pelas autoridades constituídas e representativas do Estado, ainda que não se enxerguem nossos interesses nesse contexto maior do mundo globalizado.

Tanto assim, pela atualidade e indissociabilidade, apresenta-se oportuno lançar já aqui, por focar compreensão nuclear trabalhada neste texto, o entendimento a respeito de soberania que nos produz João Mendes de Almeida Júnior:

“Não há duas soberanias, nem meia soberania. A soberania é uma força simples, infracionável; ou existe toda ou não existe. É um princípio de atividade, forma simples localizada na matéria extensiva, de tal sorte, que existe toda inteira em cada parte material e toda inteira no conjunto da matéria. É um princípio vital que está ao mesmo tempo em todo corpo vivo e em cada uma de suas partes, ainda que não exerça a variedade de suas faculdades senão na variedade dos órgãos correspondentes a cada uma delas. É a alma de uma Nação; é a unidade do direito, quer na sua definição, quer na sua aplicação às relações dos indivíduos que compõem a Nação. A isto é que os filósofos chamam universale reflexum. O Direito deve ser, pois, aplicado tal como é definido; e é a Nação, por seu Poder Legislativo, quem o define; e é a Nação, por seu Poder Judiciário, quem o aplica. O indivíduo, quando provoca o Poder Judiciário, quer na jurisdição federal, quer nas jurisdições estaduais, invoca a Nação” (Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Autonomia, Federação, Fundação. São Paulo: Edição Saraiva, 1960).

II - Teoria do Estado - O Estado como instrumentação organizacional à consecução de objetivos, baseado em sistema normativo

Buscando dar tratamento a um dos elementos do Estado, impossível deixar de estabelecer os traços científicos da disciplina, por não se permitir

sem o seu todo se possa compreender e retirar a importância do elemento com o qual se propõe aqui trabalhar.

A idéia de Estado na doutrina de Kelsen, resume o seu conceito A. Machado Paupério: “*O Estado é uma criação lógico-normativa, um verdadeiro produto da construção jurídica. Representa o ponto final da imputação jurídica, ponto ao qual a ciência do Direito refere todo preceito jurídico. Nessa ordem de idéias, o Estado é a expressão, por excelência, da unidade da ordem jurídica*” (*O Conceito Polêmico de Soberania*, 2ª ed., Forense, 1958, p.144).

“*O Estado corresponde a sociedade devidamente organizada politicamente, fixada em um território, havendo jurisdição e poder de coerção por parte de um poder soberano. Pode-se concluir também que a sociedade é a base para a formação do Estado*”, conceitua Jeferson Moreira de Carvalho (*Poder Constituinte - Funções e Limites*, Editora Oliveira Mendes, 1998, p.8).

Celso Ribeiro Bastos define:

“*O Estado nada mais é do que o resultado de uma longa evolução no modo de organização do poder. Ele é uma decorrência das transformações pelas quais passou a sociedade política no início dos tempos modernos. É a denominação que se deu às organizações políticas que surgiram a partir do século XVII. Em 1648, houve o Tratado de Westfália, que foi um acerto de contas entre a França e a Inglaterra pelo qual se pôs fim à Guerra dos Cem Anos. A partir daí o poder centralizou-se, em um único órgão, e é este o traço caracterizador do Estado Moderno, elemento esse ainda encontrável nos dias de hoje.*”

Ainda, em seu dizer, seria uma realidade construída, entidade com poder soberano, de modo a possuir capacidades e funções múltiplas em seu espaço territorial (*Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*, 5ª ed., atualizada e ampliada, 2002, Celso Bastos Editor, pp. 11/12).

Já em obra do professor Dalmo de Abreu Dallari, no que diz respeito a conceito de Estado, retira-se entre as várias posições de tratadistas do tema que o conceito de Estado se tem como o de uma sociedade política dotada de certas características muito bem definidas. E, citando Karl Schmidt entre os adeptos dessa corrente, “*diz que o conceito de Estado não é um conceito geral válido para todos os tempos, mas é um conceito histórico concreto, que surge quando nascem a idéia e a prática da soberania, o que só ocorreu no século XVII*”.

Outro defensor desse ponto de vista, Balladore Pallieri, indica mesmo, com absoluta precisão, o ano do nascimento do Estado, escrevendo que *“a data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estado é a de 1648, ano em que foi assinada a paz de Westfália”*. Entre os autores brasileiros adeptos dessa teoria salienta-se Ataliba Nogueira, que, mencionando a pluralidade de autonomias existentes no mundo medieval, sobretudo o feudalismo, as autonomias comunais e as corporações, ressalta que a luta entre elas foi um dos principais fatores determinantes da constituição do Estado, o qual, *“com toda as suas características, já se apresenta por ocasião da paz de Westfália”* (*Elementos de Teoria Geral do Estado*, 23ª ed., 2002, Editora Saraiva, p. 53).

Em ordem inversa, tem-se, então, que a entidade instituída se tornou organização político-jurídica por motivações determinantes à satisfação das sociedades (sejam elas dos vários matizes então existentes, como religiosas, comerciais) que a precederam, estando objetivado, ao se alcançá-la e na conformação em que se estruturou, atender às necessidades dos homens para situarem-se e sentirem-se seguros, e para qual propósito se desvestiram dos processos fechados, individualizados, segmentados, como forma de administração e comando em torno de seus interesses e vidas.

E, como sinaliza o professor Dalmo Dallari na obra referida, essa tendência à institucionalização organizacional, que deu causa ao surgimento do Estado, tem a ver com a busca da auto-realização e satisfação das pessoas em processo ordenado, seja se tenha em vista o seu bem-estar, seja o bem comum.

Enfeixa essa compreensão, quanto ao bem comum como propósito e fim do Estado, referência do autor citado sobre a conceituação que faz a respeito o papa João Paulo II: *“O bem comum consiste no conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana”* (*Pacem in Terris [Encíclica]*, Petrópolis: Ed. Vozes, 1963, *apud* Dalmo de Abreu Dallari, ob. cit., p. 24).

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior, a *“concepção do ordenamento como sistema é consentânea com o aparecimento do Estado moderno”* (*Introdução ao Estudo do Direito*, 2ª ed., Atlas, p. 177). E Max Weber (1976:815):

“Identifica o aparecimento do Estado com o desenvolvimento da burocracia ocidental, enquanto forma de dominação baseada na crença na legalidade, isto é, na organização racional de competências com base na lei, tendo em vista o princípio da eficiência. Já a noção de grandeza

superior, presente nas primeiras teorizações de Maquiavel e Bodin, marca o Estado como poder-força, garantido pelo direito de soberania, pela afirmação de um poder central e unitário contra os poderes setoriais e particulares” (ob. cit., p. 177).

E, segundo ainda o mesmo autor, por esta linha opcional, esse poder seria contínuo e permanente, e sua racionalidade, sustentada na relação comprometida, contratual, por arranjo organizado das vontades, irradiaria a ordem decorrente do império da lei, sustentando-se na idéia motriz da soberania.

1 - O Território

Por lógica, este mesmo poder, abstrato, materializa-se e assenta-se como ordem jurídica em determinado espaço, cuja organização institucionalizada nele exercita o poder, sendo impossível a sua existência e atuação para além e fora dessa demarcação denominada território.

Burdeau tem compreensão de que o território, como elemento constitutivo essencial do Estado, ainda que necessário, seria, de fato e simplesmente, o quadrante natural onde os governantes exercem suas funções (Georges Burdeau, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, p. 17 - *apud* professor Dalmo Dallari, ob. cit., p. 87).

Em concepção diversa, Kelsen, atento à condicionante necessária da delimitação territorial para a atuação e emanação de um poder central, estatal, coloca ser esse elemento aquele onde se faz viabilizado e possível o processo continuado da dominação, refletido em linha seqüencial de vários comandos (Hans Kelsen, *Teoria General del Estado*, p. 181, *apud* Dalmo de Abreu Dallari, ob. cit., p. 87).

2 - O Povo

E completa-se a idéia de Estado, trabalhando sua ordem e interagindo com este mesmo ente personificado, seu povo. Define-o Celso Ribeiro Bastos: *“Povo é o conjunto de pessoas que fazem parte de um Estado”*, que seria, na concepção de Marcelo Caetano, *“conjunto de nacionais de um Estado”* (Marcelo Caetano, *Direito*, ob. cit., p.159, *apud* Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., p. 78).

Em síntese, é idéia de povo aquilo que o direito define como nacional, por concepção do próprio Estado, identificado pelos fatores de parentesco, língua, cultura, religião.

Constitui o povo componente ativo e expressão da vontade desse mesmo Estado, como também tratado como objeto de atividade desse mesmo Estado, na leitura dos tratadistas do tema.

“O povo está sempre presente em todos os Estados e constitui-se em uma unidade política sobre a qual este se erige. O povo é também o titular da soberania, compreendida esta como sendo um direito subjetivo absoluto, dicção extraída de texto do professor Celso Bastos” (ob. cit., p. 79).

3 - Poder de Estado

Dimensiona-se, assim, que o Estado se compo de elementos acima, com escólio no professor Tércio Sampaio Ferraz, externaria sua soberania e dominação em espaço determinado, em que sujeito de direitos subjetivos e objeto da destinação dos seus comandos seu povo, transformado esse poder soberano *“também num direito de sistematização centralizada das normas de exercício do poder de gestão”* (ob. cit., p. 178).

Todavia, não se há confundir soberania com o poder do Estado. Segundo Duguit, Jellinek, Carré de Malberg, poder do Estado e soberania não são conceitos idênticos, no seu conteúdo: enquanto aquele é próprio do Estado, não se dá a mesma coisa com esta (v. Maspétiol, *L'État et Son Pouvoir*, Paris, 1937, p. 33, *apud* A. Machado Paupério, ob. cit., p. 25).

Segundo Wilhelm Sauer, poder do Estado *“é o poder coativo supremo baseado na vontade coletiva; apóia-se, pois, sobre base sociológica. Ao contrário, a soberania não é suscetível senão de consideração jurídica; é a independência jurídica com relação a outros Estados”*.

A mesma idéia acentua Temístocles Cavalcanti, dizendo que não se confunde a soberania com poder, sendo aquela uma virtude inerente à existência do Estado.

Esta compreensão também externa Miguel Reale ao colocar a impropriedade de se empregar a palavra soberania como expressão do poder do Estado (*Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, 1940, p. 156).

Bodin (1576) define o Estado como o “*domínio reto exercido sobre um conjunto de famílias com poder máximo*”, e a soberania como “*o poder absoluto e perpétuo de uma república*”. Para o citado publicista, inexistiria poder paralelo ou equivalente no interior desse Estado, que também não existe ou pode existir desvestido do poder soberano (Bodin, *Les Six Livres de la Rep.*, Genève, 1629, L. I.c.10, *apud*, A. Machado Paupério, ob. cit., p. 64).

É indiscutível, porém, ser o Estado o titular do poder, que o exercita positivamente em seu espaço territorial, impondo seu comando gestor sobre sua gente, como se posiciona independente e sem subordinação diante dos outros Estados.

Constitui emanação interna desse poder a capacidade de dar sentido e vida organizacional para si, dimensionando-se e estruturando-se como corpo administrativo dinâmico, representativo e vivo, para a destinação de seu atuar ao fim público ou privado, como, por iniciativas livres e determinação independente, de se fazer presente em compromissos e programas comunitários internacionais onde entenda justificado pôr presente a vontade e o exclusivo interesse nacional.

III - Histórico - A soberania em concerto e expressão histórica ao surgimento e poder do Estado

Não se pode cogitar e estabelecer similitude entre a conformação da sociedade antiga, definida e conceituada como forma do Estado antigo, à construção em que estruturado e corporificado na teoria moderna e pós-moderna este ente institucionalizado e personificado.

Afinal, reportando à antigüidade, Roy Reis Friede descreve a concepção grega de Estado a:

“uma comunidade social perfeita, a única organização política, aquela que abrangia o homem em toda a exteriorização e largueza da sua vida social, caracterizando-se, segundo Aristóteles, como uma verdadeira autarquia, noção inteiramente diversa da moderna soberania e que permitia distinguir o Estado das demais formas da sociedade” (“Limites da soberania nacional no cenário internacional”, *Revista Forense*, abril/junho-ano89, vol. 322, p. 99).

É dele a compreensão de que não se teria por possível afirmar a concepção de Estado para então, sem a liberdade, mas esta referência só lhe permitia chegar ao entendimento de uma conformação qual a de autarquia, acima observada.

Naturalmente, que uma concepção distinta, sem sentido de independência, mas de auto-satisfação no primado administrativo para o seu interior, sem qualquer conotação de relações com outros povos e sociedades.

E nesse contexto, de vivência social ou organizada, a concessão de poder que se atribuía às suas lideranças ou chefes, advinha de incessante esforço desses em exercitar raciocínios metafísicos ao interesse pessoal e detenção exclusiva da dominação, a isso invocando fundamentos religiosos, arvorados na pretensa escolha e representação divina e com isso apropriando-se do poder de definição do direito e felicidade de sua gente.

Nesse contexto, estabelecidas as premissas de um predestinado, com a formação bruta, própria de selvagens, em nome da figura do Criador, agiam segundo objetivos de conquistas, levando à insegurança e tomada das cidades, subjugando povos e construindo, através dessas atuações beligerantes, seus impérios.

Evidente que as razões desse atuar retiravam eco em premissas convenientes por sentido elitista e de raça superior, cultuadas como elementos de justificação pelos líderes imperiais de então, com o que faziam motivados os seus povos às suas prevalências, canalizando o emocional às suas pretensões de poder. E por esse caminho, realizavam as conquistas, fazendo submissas e escravas outras nações ou cidades de então, como se queira.

É de então o raciocínio, como explica Gérson de Britto Mello Boson, citando Sócrates, que:

“através de Platão, propunha a aplicação do conceito de guerra somente às lutas contra os bárbaros, parecendo-lhe que as lutas entre gregos eram meras discórdias hegemônicas. Como Aristóteles, apregoava que os bárbaros deveriam ser governados pelos gregos” (“Conceituação Jurídica da Soberania do Estado”, *Revista de Direito Público*, ano V, julho-setembro-1972, vol. 21, p. 43).

Diferente não era a formulação de nação, poder e sociedade para os

romanos, com a sua monarquia universal, onde prevaleceria na sua relação com outros povos condição impositiva, de prevalência e dominação, atribuindo-se a si a condução da sorte, retirando de seus vizinhos imperiais o mando e a independência de que detentores (Gérson de Brito Mello Boson, obra cit., p. 44).

Formavam-se, no dizer de A. Machado Paupério, comunidades estatais, quais províncias, gravitando em torno do Império Romano.

Explica A. Machado Paupério que esse poder absoluto de seu imperador ou príncipe tinha por fonte o *“próprio povo que o concedeu. As ordens do Príncipe tem força de lei porque o povo, pela lex regia, lhe concedeu todo o poder. A autoridade imperial apóia-se em dois poderes: o imperium, que o príncipe recebe do Senado e do Exército, e o poder tribunicio, advindo do povo, por intermédio da lex regia”* (ob. cit., p. 52).

Em todo esse contexto temporal, é afirmação autorizada que a exteriorização de poder se fazia em oposição a todos os planos, nações e gentes, fora do plano construído e de convivência harmônica e organizada, sempre à exercitação da prevalência e da força nas interações das gentes.

Passado o tempo e já na Idade Média, ainda aí vemos que a concepção do Estado imperial em oposição a tudo e todos, com subjugação integral dos súditos e reinos conquistados, permanecia como realidade, mas já contemplando, ao lado do poder temporal, o da Igreja ou o do papa, que se sobrepunha.

E assim iria até quando, então, se bipartiu o poder, havendo uma fase em que prevalecia o chefe da Igreja pairando com o poder Supremo e acima, seguida da conciliação com a dualidade possível e harmônica, concebida na existência de dois soberanos não concorrentes, rei e o papa, cada qual operando competências pertinentes ao seu papel. Isso até, por fim, a separação absoluta dos poderes, quando, então, prevaleceram os reinados absolutos.

Já para esse tempo, com Maquiavel (1469-1527), assiste-se, por sua obra *O Príncipe*, ver colocado o poder do Estado nas mãos do rei, que seria o detentor do poder como governante, destinatário, em última análise, da gestão das coisas e gentes, a quem voltado o engrandecimento e a grandeza por tudo que realizado nos quadrantes de seu domínio ou reinado (A. Machado Paupério, ob. cit., p. 63).

Depois disso, chega-se à concepção de Estado na compreensão doutrinária de Bodin (1576), que construiu o entendimento de ser a soberania

atributo desse ente personificado, dotado do predicamento da vontade absoluta e suprema.

E seria essa dita soberania estatal, construída ou edificada, no entender de Hobbes, pela transferência das liberdades individuais para esse ente, com submissão, ao que, contrariamente, seria para Rousseau um contrato de associação.

Para a o primeiro, o exercício do poder soberano seria praticado de forma absoluta, sem ter em vista o plano de direito e proteção dos vassalos ou indivíduos, cativos desse pacto, estando a gestão voltada, de forma primordial, aos projetos pessoais do governante ou rei.

Em sentido próprio, temos para Rousseau ser referida pactuação ou:

“Por essa fórmula, que o ato de associação compreende um compromisso recíproco entre o público e os particulares, e que cada indivíduo, contratando, por assim dizer, consigo mesmo, se compromete numa dupla relação: como membro do soberano em relação aos particulares, e como membro do Estado em relação ao soberano” (Rousseau, *Do Contrato Social*, 1978, Liv. I, Cap.VII, p. 34, *apud* Ana Cleide Chiarotti Cesário, “Hobbes e Rousseau: o Problema da Soberania”, *Revista dos Tribunais*, ano 2, nº 6, jan/mar-1994, p. 14).

Já com a Escola do Direito Natural, a soberania pertenceria ao povo. “O povo é o sujeito juridicamente primário do poder estatal, e o Príncipe é só um delegado, um órgão, o primeiro magistrado e o servidor do Estado” (Oreste Renelletti, *apud* A. Machado Pauperio, *ob. cit.*, p. 80).

Explica o autor em referência, entretences, que o povo seria o elemento constitutivo, detonador desse processo formulador do ente personificado, o Estado, sem que, porém, se identifique com o atributo, que será sempre do governante temporal a expressão ou exteriorização, onde se situará vinculado à formulação de regências, organização e administração em nome do Estado. Mas atuando tendo em conta a existência daquele seu constituinte, como destinatário de suas políticas públicas.

Na doutrina inglesa, desponta Austin (1790-1859), para quem o “Estado é uma ordem legal em que o poder é encarnado por uma autoridade determinada, que atua como sua fonte suprema. A autoridade desse poder, em segundo

lugar, é ilimitada. Tal poder, em terceiro lugar, inscreve-se na essência da lei.

É o referido criticado, por já ser entendido que a obediência não se dá em relação à pessoa do governante, e sim ao Direito. Para os juristas dessa linha, a autoridade decorre de atribuição dada pela Constituição, fenômeno jurídico que precede, e anterior à pessoa do dirigente. Então, tem-se que o soberano é a Constituição (Lindsay e Posada).

Em Hegel (1770-1831), vê-se o Estado como a realidade da Idéia moral..., sendo compreendido, por tal, que a soberania estatal decorre da unidade do Estado, como ser com personalidade”.

Para Gierke (1868), a noção de personalidade tem amplidão, de forma a abarcar todos os grupos sociais encontrados dentro do Estado e com significado diferenciado dos indivíduos.

Em contraponto, para a escola alemã, o titular da soberania já não é uma vontade individual ou coletiva, mas sim o Estado, verdadeira pessoa jurídica. A vontade individual ou coletiva, por meio da qual se manifesta o poder, não é mais que um órgão do Estado. Dentro de tal concepção, a soberania está difundida em todos os órgãos (Agesta).

Em Kelsen vamos colher, que é o Estado “*uma criação lógico-jurídica. Produto da construção jurídica*”.

Explicita A. Machado Paupério, em decorrência, na leitura que faz de Kelsen, que, para haver uma ciência do Estado, deve haver unidade do sistema normativo, que constitui o Estado ou o direito. “*A expressão desta unidade é a soberania do Estado*”.

E, por último, para os publicistas negativistas, entre os quais Duguit, seria a soberania uma qualidade do poder, relativa, não essencial, que poderá existir ou não em um Estado.

Nessa linha de compreensão é encontrado o jurista russo Mandelstan (“*La Protection Internationale des Droits de l’Homme*”, em *Recueil des Dours*, Haia, nº 38), que sustenta:

“Que a soberania do Estado é inexistente, tanto no domínio internacional como no interno. A soberania nada mais é que uma competência delegada pela comunidade internacional, no interesse geral da humanidade. Assim, não só existe um Direito das gentes como também um Direito supernacional ou humano, estando a liberdade do Estado

circumscribita tanto por um como por outro” (apud Gerson de Britto Mello Boson, ob. cit., p. 46).

IV - Soberania - Conceituação e compreensão como elemento do Estado na formulação de políticas públicas

A rigor são caracteres da soberania a unidade, a indivisibilidade, a inalienabilidade e imprescritibilidade.

Revela-se como elemento perceptível a partir da corporificação e existência de um ente estatal, personificado, externando-se, de modo indiferente, em governo republicano ou monárquico.

Atesta-se presente a partir de órgãos de sua expressão em que se distribui, quais Poder Judiciário, Poder Legislativo e Poder Executivo, atribuições ou competências que se voltam para realizar as políticas públicas de interesse e por destinação à sua gente, pontuando e prevalecendo-se por esses critérios na administração.

Decerto, como também se buscou retratar, não se confunde com o poder do Estado, mas se revela em uma qualidade ímpar, exercitada de forma independente e para responder às necessidades de organização e vida político-social de seu povo.

Pontifica-se na prevalência de sua vontade, exercitada por dever e não direito dos que responsáveis por essa representação, cumprindo a ordem jurídica interna como emanção soberana dessa pessoa jurídica estatal.

Neste sentido, não se retira interpretado que se ponha subjugada sua gente, na condição de governados, e sim em nome deles e voltada aos interesses coletivos, pratica intervenções e definições que se apresentam indicadas ao bem-estar, à ordem e ao aprimoramento dos seus.

Vincula-se a construção de tudo em um ordenamento superior, que, como instrumento regente, define, constitui, elege, distribui e organiza as formas de se fazer exteriorizada essa organização estatal, que, em última instância, torna-se o mecanismo legal para a ativação desse sistema hierarquizado.

Nessa ordem de constatação, seria esse poder de gestão, livre e desamarrado de ingerência de forças externas ou de países, expressão de império ou soberania.

Relevante diferenciar o entendimento com que se joga com essas palavras “gestão” e “império”.

Quando se está em face de premissas de cumprimento de uma ordem estatal interna ou aplicando políticas econômicas e administrativas anteriormente definidas ou decorrentes de emanações jurídicas cogentes, significa essa atuação uma ação governamental gerencial ou de gestão.

Porém, quando se está em precedente teórico de definição dos rumos e caminhos mais indicados ou seletivos quanto à realização da satisfação estatal ou à busca do que seja mais interessante e satisfatório para a sua gente, condiz essa eleição e definição de prioridades, aquilo que se tem entendido como poder soberano ou de império do Estado.

Daí a dificuldade ou divergência com que se tem hoje de trabalhar o conceito estático de soberania, considerando isso um processo intrincado, mutante em que se vive na era pós-moderna, a tornar confusas as variáveis interpretativas com que se trabalha a expressão “independência do Estado” no concerto das nações.

Afinal, ontem, como se viu atrás, a formulação de políticas interna e externa para um Estado tinha em conta critério geográfico limitado de sua fronteira, trabalhando a sua incolumidade física ou de preservação nas posições lideiras e, no mais, exercitando uma economia doméstica de sobrevivência.

Com isso, extremada e definida era a expressão de sua soberania, vez que, inatacado ou não estimulado à convivência externa, se detinha ao sentido da auto-satisfação, pouco ou nada havendo de intercâmbio.

E, de maneira estranha, conceitualmente, essa condição limitada, inexpressiva, de menor grau de civilidade e aprimoramento cultural de tais entes, permitiu ser construída e teorizada a soberania com os caracteres não renunciáveis, fortes, elencados acima, quais: a unidade, indivisibilidade e indelegabilidade.

Quer se crer, todavia, que se apresenta incorreta a conotação mais branda e tolerante com que trabalham os publicistas no tempo presente, vez que, mais do que nunca, está atrelada a atuação estatal ao positivismo previamente edificado em seu corpo legislativo, não se desgarrando ou sendo possível essa desvinculação de seus agentes políticos de representação.

A distorção está em não querer enxergar um alinhamento natural e necessário, mediante vontade e opção interna, aos objetivos de se alcançar a felicidade e a realização de seu povo, meta em si generalizada entre os Estados, diretriz essa que, se fora eleita e escolhida pela vontade política interna,

desautorizaria interpretar os caminhos escolhidos como não independentes, subjugados a uma ordem externa ou de ente hegemônico.

Há que se ter que, como elemento fulcral da prevalência dessa vontade, é pressuposto, antes de tudo, que o Estado é impulsionado à frente e envolve-se internamente e no plano externo, por critério de subsunção à legalidade.

Só por este dado autoriza-se compreender estar distante da efetividade e ser gratuito, à falta de referencial e embasamento consistente, que a prática gestora com que se exterioriza, na aparência, traduza a fragilidade, a relativização da independência ou a entrega da soberania.

Como se afirmou, impossível atestar-se a soberania nacional pelo sentido isolacionista aos tempos de hoje. Fazer essa opção, seja no plano ideológico ou nas práticas econômicas e comerciais, embora possa traduzir, por escolha livre, um direito e prova de desvinculação externa, irrefragável que isso, no contexto hodierno, de tempo virtual e integração forçada, se constitui em um erro estratégico e feridor da auto-realização do Estado e sua gente que por isso opte.

Afinal, de forma pragmática, assistindo-se a um atraso na apropriação de tecnologias, qualidade de vida, evolução e crescimento econômico, haveria de se constatar, então, que esse Estado, que possa se vangloriar de sua independência externa, inquestionável que à ótica de seu povo e até de seus entes políticos na sua representação, haverá presente faltar sentido em cenário tal conceito pleno de ser formada de povo e Estado soberanos.

Essa é a diferença com que se impõe trabalhar e dar importância à soberania, por não se consentir apego à sua definição sem que se retrate no plano interno revelada essa realidade por pessoas satisfeitas, respeitadas e praticantes da cidadania plena em seu círculo terreno de vida.

Assim se compreende, por não se dissociar da presença do Estado impondo e implementando suas políticas públicas vontade isolada e sem sentido de constituir, em último grau, a exteriorização da vontade de seu povo, que lhe atribuiu esse papel.

Veza que visto, a organização estatal evoluiu para tal e ganhou personalidade em determinado tempo e lugar, por deliberação e sentido desejado por sua gente, que se associou abrindo mão do desiderato individual para viver sob ordem e critério gestor a todos vinculativo, interagindo com esse mesmo ente público superior constituído.

E essa delegação retratada em uma ordem jurídica interna, de cima para baixo, possibilita e permite vicejar a vida comunitária organizada, sem que um ou outro, Estado e povo se permitam a desvios dos comandos legais.

Essa estruturação amarrada, distribuída entre agentes políticos de representação e com competências distintas, impede, por não fazer sentido, exacerbar a soberania interna separando o Estado e seu povo. Ou se sente o Estado presente por seus braços administrativos cumprindo a sua finalidade normativa para os nacionais, compromisso fundamental de sua criação, ou então, não se pode afirmar soberano.

Esse é o sentido lógico, político-sociológico-jurídico, de se trabalhar a sua qualidade de poder soberano e com importância para qualquer povo.

Daí constituir uma derivação, ante essa unidade necessária, independência externa e soberania interna, que exista Estado soberano sem a efetividade de um desses componentes, vez que indivisíveis.

Tudo se afirma por se ignorar, convenientemente, que, às vezes, mesmo que respeitada a incolumidade territorial, viceje internamente a presença estrangeira influenciando a ordem legal.

Mas já aí, se preconcebido que esse trabalho constitui um processo invasivo, invisível, por interpostas pessoas incrustadas no sistema governamental, como nacionais, não se pode afastar, ainda assim, de estar essa linha de interesses autorizada no ordenamento.

Porquanto, não se pode desgarrar que o Estado exercita seu poder nos limites da ordem legal em que se situa, e não havendo na interpretação das políticas públicas que adota o descaminho, impossível atestar que seu poder de império esteja maculado.

O plano sociológico-político e irreversível da interação negocial, como prática necessária à sua manutenção, grandeza e realização, como de seu povo, não leva à resposta de que para isso se conduza flexível e abrindo mão de sua soberania.

Essa visão é errada, por confundir atos de gestão indissociáveis na interlocução necessária com os agentes internos (nacionais e estrangeiros), como com os parceiros internacionais, em que o jogo de interesses, convergentes e divergentes, exigem acomodação e concessão.

Mas, como reiterado, esse atuar não tem nada a ver com o abrir mão de sua soberania, pois são práticas autorizadas no sistema normativo, cuja variação de

postura, ou eleição de caminhos, tem correlação com a melhor forma de gerir e responder aos interesses nacionais. Nada mais.

V - Constituição e a ordem legal interna como vectores da soberania do Estado

Apropriando, por pertinente, o que expuseram de compreensão os publicistas Lindsay e Posada, possível estabelecer ser a constituição a formulação jurídica precedente de onde emana a qualidade de soberania de que dotado o Estado na ordem externa e interna, de que se investe a pessoa do governante ou agentes políticos de representação dos poderes.

Dimensionada a relevância e a fonte emanadora desse elemento, importante realizar tratamento sobre o que seja esse fenômeno jurídico como concentração e vector de ordem para a atuação e papel do Estado.

Com suporte em J. J. Gomes Canotilho, colhe-se ser compreensão dogmática do direito constitucional, como doutrina mais autorizada, fazer-se efetiva por elaboração legislativa construída ou normatizada em regras e princípios.

Os princípios distinguir-se-iam das regras por seu maior grau de abstração, fator que exigiria àquele trabalho de interpretação e adequação às situações específicas de aplicação.

E, sendo elemento estruturante e hierárquico como fonte da construção normativa, eles, os princípios, prevaleceriam como fundamentais na organização da idéia e intenção de prevalência do ordenamento jurídico como um todo, sendo, por assim ser, vinculantes.

A dizer, na linha de formulação do constitucionalista na leitura eleita, diretivas mestras na elaboração legislativa das regras, que deles não pode se desgarrar ou contrariar. Como se atesta, aqueles têm natureza normogenética para as regras jurídicas.

Com isso, diz o constitucionalista em testilha, essencialmente se distinguem os princípios, no sentido qualitativo, por se constituírem em normas jurídicas impositivas, a serem optimizadas, permeando coexistência e convivência conflitual, a autorizar serem sopesados seus valores ao sentido de resposta que se exija. E contrariamente, as regras, em linha de antinomia, excluem-se.

Traduz o publicista, nessa linha de raciocínio, que o sistema constitucional com esse matiz não se apresenta como uma ordem jurídica fechada,

como também, traduzida em regras produzidas em atendimento de seus comandos, não se faz em risco de incidir na indeterminação ou ausência de legalismo estrito.

De outra maneira, os princípios poderiam ser considerados ou divididos em princípios jurídicos fundamentais, princípios políticos conformadores e princípios constitucionais impositivos.

Pelos primeiros, ter-se-ia a dimensão determinante, positiva e negativa, vinculando o legislador infraconstitucional em dar conformação legislativa aos princípios jurídicos gerais.

Na compreensão de Canotilho, estaria a ideologia inspiradora da Constituição nos princípios políticos conformadores, dos quais emanariam as concepções políticas triunfantes do Poder Constituinte, quais os princípios definidores da forma de Estado, princípios estruturantes do regime político, princípio da separação e interdependência dos poderes.

Já os princípios constitucionais impositivos constituiriam a indicação forçosa de condutas ao Estado, com sentido dinâmico, direcionado a alcançar seus fins e como executá-los.

E nestes, lógica e naturalmente, o princípio da independência nacional.

A rigor, atesta o autor em referência, que a construção constitucional baseada em regras e princípios se finca como leis efetivas, emanando o direito positivo.

Para J. J. Canotilho não mais haveria se falar em normas constitucionais programáticas. E, neste sentido, teria força normativa independente de atos de conformação jurídica ou de realização de seus comandos por ação legislativa infra-constitucional (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Livraria Almedina, pp. 1.085/1.112).

Em Paulo Bonavides, temos que:

“A Constituição é sobretudo um instrumento de governo, ou seja, de governo nos limites da lei, da ordem jurídica solidamente estabelecida e dos postulados essenciais de um Estado de Direito que, havendo limitado o poder no legítimo interesse da Sociedade, se conduz segundo princípios superiores e tutelares da liberdade e do respeito à pessoa humana” (*Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Malheiros Editores, p. 428).

Naturalmente que esta ordem constituída e que dá sentido organizacional ao Estado e a seu governo, se, em precedente, ainda não existia, espelha a sua elaboração a efetiva concretização, qual a criação do Estado. Porém, se já existe o Estado e se busca a formulação de um novo estatuto fundamental:

“Com atuação do Poder Constituinte e com o resultado de uma nova constituição, é como se o Estado anterior tivesse se dissolvido e aquela Nação com novas aspirações fundasse outro, para atender às necessidades do momento” (Jeferson Moreira de Carvalho, ob. cit., p. 31).

1 - Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

- A soberania e a independência nacional

Como vemos na definição enfeixada acima, sem ter havido ruptura institucional, em precedente histórico e exercitando poder próprio da nação brasileira, impulsionada nessa vontade, buscou-se a reordenação jurídica por novas aspirações e horizontes pretendidos alcançar, disso tudo resultando a Carta Magna de 1988.

E, trilhando objetivos e aperfeiçoamentos, entre os princípios fundamentais e objetivados, expressamente versou-se na Constituição Federal vigente as menções lançadas no subtítulo e acima postos.

Assim anotado, em esforço histórico e rememorando o que se pôs a respeito da origem e formação do Estado, indiscutível a autoridade para se afirmar que, ao se buscar dar novo instrumento jurídico ao Estado brasileiro e ao se elencar como princípio fundamental a soberania, sua reiteração constitui apropriação da preservação dessa efetividade passada, histórica, como princípio constitucional impositivo.

E, embora constituam expressões postas no preâmbulo (soberania e independência nacional), não se situam como simbologia formal ou explicativa do que vem a seguir como texto constitucional.

Como também não se expressam fora da idéia nuclear dos princípios fundamentais acima tratados e sem conteúdo positivo. Efetivamente, integram-nos, devendo, qual outros princípios fundantes, ser otimizados, cumpridos como normatização jurídica concreta e orientadora da ação do Estado.

Assim, diferentemente, não se situam como elementos a recorrer por necessidade interpretativa, mas, como integrantes do corpo legislativo constitucional, servem às respostas decisivas.

Ainda que dessa forma se compreenda, historicamente, para não se ficar à margem da compreensão, há os que sempre entenderam no sentido de minimizar esse texto precedente, observado por J. Cretella Jr.

Neste sentido, colhe-se junto ao referido autor:

“Como o Preâmbulo é elemento integrante da Constituição, assim que promulgada, não há a menor dúvida de que a ele se deve recorrer, quando surgem problemas de hermenêutica, desde que, nessa peça vestibular ou introdutória, haja princípios que se relacionem de modo direto ou indireto com os dispositivos constitucionais questionados” (Comentários à Constituição de 1988, 3ª ed., vol. I, art.1º a 5º, Forense Universitária, 1992).

Mas, como realçado, sendo de conteúdo positivo, não mais se permitem vistos como princípios de condição subsidiária à solução e dirimência. Rigorosamente, constituem cânones fulcrais e integrantes dos direitos fundamentais.

Logo, temos que a soberania e a independência externa constituem apenágios do poder atribuído ao Estado brasileiro, de modo a impor que não se situe em plano interior sujeito à divisão ou competição de outro poder, pessoas ou entes jurídicos, pairando soberano e único.

Por outro lado, impõe-se, como detentor desse poder soberano, conduzir-se independente e de igual no interagir com as demais nações, sempre estabelecendo como norte o compromisso e a preservação dos interesses nacionais no cotejo dessas interlocuções.

Por lógico, então, temos que essa qualidade atribuída à União Federal na representação da República Federativa do Brasil, por legitimação constitucional, constitui atributo decorrente dos princípios em referência adotados expressamente no preâmbulo.

E, neste plano e por consequência, não se tem dúvida de se estar o Estado brasileiro revestido desse atributo, dirigindo-se, regendo-se e governando-se a si por quem agente incumbido dessa representação interna.

2 - O Direito Administrativo como ciência afim ao tema

Afora essa vertente jurídica superior e fonte máxima do poder soberano, não se pode afastar, tratando-se desse atributo do Estado, ser campo integrante do assunto o Direito Administrativo.

Porquanto emanam da nossa constituição os princípios regentes da administração pública, que outra coisa não faz expressar a forma de se conduzir a representação do Estado segundo os papéis e funções de sua competência na gestão da coisa pública e na conformação jurídica construída. E, sem perder de vista em tudo, que se exteriorize sua regência com base nos valores fundantes, de seu primado e ordem superior.

Assim é que o Estado, na densidade de suas múltiplas funções, exercendo seu poder soberano, não se desprende de governar por comandos jurídicos emanados da Constituição, impondo-se condutas vinculativas no desempenho de seu papel relevante.

Entre os princípios reitores seus, na administração pública, elencam-se, para citar alguns, os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência e da razoabilidade,

Não se descure, nesse sentido, que atua por órgãos definidos, como políticos, por representações máximas dos poderes constituídos, Executivo, Judiciário e Legislativo, como por órgãos governamentais, na expressão e cumprimento de funções administrativas por servidores da administração.

Assim registrado, significativa e deslumbrante a construção jurídica do poder soberano atribuído ao Estado, vez se constituir em uma concentração absoluta e, ao mesmo tempo, controlada, pois entendido pelo sentido de ser um poder que não se destina à exercitação indiferente e própria, mas à coexistência de um ente organizado e voltado para os interesses e à consecução de objetivos que se fundem em seus e de sua gente.

Daí colher-se um atuar de referência absoluta à sua vontade, sem ser indiferente à sua motivação aquilo que esperam e desejam os governados ou dominados.

Esta é a amarração perfeita, a química da qualidade de soberano, forma propulsora de fazer-se presente e sensível à vontade dos que lhe destinam a esperança e a expectativa de uma vida qualitativa melhor.

E, conformando-se neste núcleo o papel do Estado, não se curva ou perde

sua força neste seu caminho, vez que cumpre seu destino, fazendo-se presente na vida do cidadão, operando sua destinação, respeitando princípios basilares pelos quais sujeita todos à conformação de uma organização ideal coletiva, sem, contudo, deixar de respeitar, em tudo e para tudo, os direitos de cada um.

É apreensão do que se lançou que o Direito Administrativo se divide ou se faz bipolarizado em princípios antagônicos, que se cruzam, quais o da liberdade do indivíduo e o da autoridade da administração, consistentes na legalidade e supremacia do interesse público sobre o particular (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 13ª ed., Editora Atlas S.A., 2001, p. 67).

Este é o plano dimensionado do poder soberano, que se concretiza distribuído e atuando como Governo e administração pública.

Naquele se vê distribuído o Estado, sem deixar de ser ente único, exercitando as funções referidas de Executivo, Judiciário e Legislativo, ficando as atribuições políticas de ação de governo concentradas entre o Executivo e o Legislativo.

E, contraditoriamente, ante a idéia de supremacia absoluta e não submisso a qualquer ente ou poder concorrente, assiste-se, por comando constitucional, a esse mesmo Estado conduzindo-se conforme princípios modelares e moderados à validação de sua vontade, mecanismo com que se contornam, sem ser-se contraditório, seus poderes absolutos.

Neste contexto, o princípio da legalidade, pelo qual a administração pública só se impõe segundo o que a lei lhe permite.

Também, o de se conduzir conforme o interesse público, que sempre em tudo deve ser apreendido como necessário e prevalente sobre o individual.

“Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei, na colocação que faz a publicista Maria Sylvia Di Pietro” (ob. cit., p. 70).

Enfim, o braço presente do Estado, e com respaldo na Constituição, constitui a garantia da independência de sua gente, da ordem e das liberdades públicas, estratificada a sua manifestação por agentes públicos de sua nomeação, pelos quais se faz representar diante de todos.

3 - Federação

Organicamente o Estado brasileiro constitui-se da união indissolúvel dos Estados, Municípios e Distrito Federal, havendo repartição das competências entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

A representação soberana do país constitui atribuição centrada na União, a quem compete exercitá-la nas relações com os Estados estrangeiros e em seu nome participar dos organismos internacionais.

Também cabe-lhe traçar as políticas gerais da nação, consistente no delineamento das políticas públicas de segurança, educação, saúde, defesa, economia e finanças, havendo reserva material sua de competência exclusiva.

Aos Estados-membros é assegurada pela Constituição autonomia organizacional, legislativa e de administração, dotando-se de Constituição própria, respeitados os limites e princípios inseridos na Constituição Federal, atuando com independência as competências materiais que lhe são reservadas.

Os Municípios, da mesma forma, gozam de autonomia, contando com auto-organização, regendo-se por lei orgânica, também respeitados os princípios inscritos na Constituição Federal e na Constituição Estadual.

Esse mesmo ente federativo, União Federal, manifesta-se através das funções especializadas, na ordem que se faz erigida de tripartição dos poderes, Poderes Executivo, Legislativo e Poder Judiciário, distinguindo-se suas manifestações de vontade em cada plano mas em nome e representação desse mesmo Estado como ente único, indivisível, afora sua atuação governamental exercitando a administração pública propriamente.

VI - Direito Internacional Público

- Regras de incorporação e deliberação livre dos Estados

Viu-se anteriormente que repousa a idéia e concreção de soberania do Estado, como no particular da República Federativa do Brasil, por formulação jurídica e outorga de sua Constituição regente, de onde dessai essa qualidade de que dotado na ordem externa e interna.

Lógica e natural a compreensão, neste sentido, de que as inserções em tratados ou subscrições de instrumentos internacionais de abrangência geral derivam de uma tomada de posição para a qual consultou os seus interesses e assim autorizado por sua carta constitucional.

Consentâneo a essa compreensão, tem-se que o Direito Internacional constitui formulação baseada nos anseios das nações isoladamente consideradas, que ante a necessidade de instrumentos para uma convivência harmônica, de interação, baseado em ordenamentos assim erigidos, dispõem-se à adesão, com concessões, obrigações e compromissos neste plano.

Neste sentido, não se consente que ordenamento jurídico deste nível paire superior e constitua-se como fonte regente de normas na qual se espelharia cogente a formulação de conduta de cada Estado, renunciando à sua construção independente em valores e expectativa de sua gente.

Efetiva verdade, apenas, de se constituir em referência normativa que se impõe ser respeitada e aplicada na medida dos compromissos eleitos e aceitos pelas nações subscritoras, sem que se possa entender que seja uma ordem ou organismo superior no sentido interno.

Bem responde a questão o professor e jurista José Francisco Rezek, quando formula ser o direito internacional público *“um sistema jurídico autônomo, onde se ordenam as relações entre Estados soberanos”*, que repousa sobre o consentimento (*Direito Internacional Público - Curso Elementar*, 8ª ed., Editora Saraiva, 2000, p. 3).

É vertente dessa linha de entendimento que as normas diretivas das relações mundiais têm uma prospectiva inversa à idéia da construção do Estado, eis que decorrentes da existência deste, ente jurídico que, como realidade jurídica assentada em base territorial e povo, no contexto de constituição de outros Estados, em conjunto estabeleceram e criaram os sistemas internacionais reguladores de seus interesses.

Esta idéia de ordem mundial irradiadora de afetação da soberania, assim, não se apresenta consentânea aos que assim atestam, eis que decorre de vertente jurídica reguladora, abrangente de temas e questões às quais, para segurança jurídica e interesse geral, consente-se nas diretivas de condutas internacionais, sem se constituir uma premissa de subordinação.

Afinal, na ordem econômica, havendo consciência geral e valores norteadores da política de desenvolvimento e crescimento das nações individualmente consideradas, para se alcançar a plena realização e satisfação das pessoas, ante os compromissos internacionais nesta direção, nem por isso prendem esses comandos gerais de entender que cada nação associada ou integrante do organismo se desvista de suas conquistas sociais e diferenciadas,

forçando-a realizar políticas comerciais contrárias, atrativas e facilitadoras de acesso fácil às suas riquezas pelas nações mais pobres.

A ordem jurídica internacional tem o valor vinculante, sim, no plano de compromissos gerais, definidores de iniciativas programáticas de buscar, sem o despojamento e anulação dos valores e independência de cada um, o aprimoramento e crescimento de todos os povos.

Nesta medida é que, se vê, a idéia de associação comercial e econômica ao crescimento geral, ainda que indistintos os objetivos da carta de princípios da Organização das Nações Unidas, não se traduz em retirar a liberdade de cada nação em se fazer unida em forças por critérios regionais, continentais, seja por lhe ser de total liberdade a eleição do caminho, seja o de saber onde está a melhor política integrativa de seu interesse e direito de opção.

Não acolher compreensão que se erige o Direito Internacional Público como decorrência dos interesses gerais, não personificado em qualquer ente superior ou regimento superior, significa, aos tempos de ontem e hoje, adotar em última instância sistema de dominação por interpostas pessoas jurídicas ou nações, o que não se tem por concebido.

Porquanto não se pode ser ingênuo e ignorar que o processo organizacional e de formalização desses entes internacionalizados não passa ao largo de se fazer por políticas de agregação, também ideológica, trabalhadas e com objetivos de garantias que vão além dos simples comandos de respeito à ordem internacional.

Em organismos tais, mesmo como sistemas autônomos, não se desvestem de se fazerem regidos e administrados por homens públicos, necessariamente, atrelados a compromissos políticos e ideológicos dos países de que se originam ou que apadrinham o preenchimento desses postos.

Lógico assimilarem, então, o que se tenha por prevalente e com interesse mais relevante aos seus avalizadores no exercício interventivo ou de posicionamento em face dos eventos que se apresentem à decisão colegiada e segundo a natureza do assunto.

Não só isso. A estratégia organizacional tem critérios eletivos, reservando direitos de voto e cargos segundo a influência e a capacidade econômica do associado.

Isso como conseqüência natural dos vínculos e interesses particulares de cada nação, gera uma dinâmica de posturas, abertas e casuísticas, a impedir

uma uniformidade de pensamento e resposta às situações internacionais que impliquem, por provocação, uma atitude de parte de dito organismo com poder de deliberação.

Tanto assim é que, estando centradas as uniões e adesões em tais organismos pelo sentido de segurança externa e com base na autodeterminação e não-agressão entre os povos, não se vê como válida e justificada argumentação intervencionista externa para os nacionais.

Isto porque, para esses, na disputa civil interna, ainda que almejado o poder pela via revolucionária, o âmbito internacional de interesses se apresentaria a eles estranho, não se concebendo autoridade e validade à ação desses entes, a não ser para assegurar a paz e a prevalência da vontade da maioria pela mudança e pela necessidade de se retomar a ordem e a vida interna.

Não fosse desse sentir o espaço de atuação internacional dos organismos representativos desse quilate e não se assistiria, em casos passados, felizmente hoje de reduzidas ocorrências, vê-los formalmente aceitando as novas representações políticas formadas por dirigentes revolucionários, que, em momentos históricos de seus povos, ferindo a ordem constituída, assumiram o poder político.

E mais, tangenciando a ordem internacional, sob pretexto não convincente, qual o que hoje se assiste, observa-se organismo internacional submetendo-se à deliberação isolada de uma nação, curvando-se à sua vontade de declarar a guerra.

Muito nítido, que, se o contexto em que se firma o Direito Internacional Público é o de valer como ordenamento de proteções e cotejo naquilo que se encontre possível de ser acomodado, preservando e regulando valores coletivos em atritos, de forma a coibir a vontade isolada e egoística de uma nação contra todas as outras ou outra, não se presta em circunstância alguma à dominação.

Pois é objetivo a respeito do qual se conciliam e deliberam as nações, o de reafirmar suas independências, reconhecendo, em benefícios próprios, onde começa a independência das demais outras, jogando com regras internacionais para assim se fazerem respeitadas.

Essa é a linha de validade e respeitabilidade do ordenamento internacional, que não se pode ter como referência superior e supranacional.

A sua referência é a de ser apropriada nas relações internacionais, em

que, havendo interações dos Estados soberanos, rege o necessário à integração coletiva, por imposição reguladora dos direitos comunitários transcendentais ao plano particular e interno de cada nação.

A diretiva tratada acima fez-se com base na convicção de ser a qualidade de soberania do Estado derivação de uma atribuição que lhe outorga a Constituição de um país, ordem legal interna única e superior, a não se apresentar prejudicial à convicção posta o conflito que estudiosos trazem em torno de qual ordem legal prevalece, a interna ou a de Direito Internacional.

Embora respondida a questão, anota-se, para conteúdo do tema e registro, apenas, a existência de teorias opostas sobre o assunto.

As correntes são a do monismo e a do dualismo, a primeira sustentando a existência de uma única ordem jurídica e a outra, acreditando na coexistência de duas ordens jurídicas, uma externa e outra interna, perfeitamente independentes, cujas normas são insuscetíveis de conflito.

Defendiam a primazia do Direito interno:

“Exponenciais juristas, quais Wenzel, Decenière-Ferrandière, Jellinek e, inicialmente, Verdross, os quais formularam seu entendimento ao influxo de Spinoza e Hegel, cujas posições se lastreavam na supremacia do Direito estatal. Assim, para Spinoza, o Estado, investido de parte do poder divino, seria superior aos acordos internacionais, deles podendo livrar-se na medida de seus interesses. Por outro lado, segundo o pensamento hegeliano, o Estado teria vontade absoluta, estando acima dos tratados internacionais por ele próprio concluídos. Em termos modernos, a vontade do Estado deve ser encontrada em sua própria ordem jurídica, tornando, portanto, a Constituição de cada Estado o fundamento do Direito Internacional” (José Inácio G. Franceschini, “Conflito entre os Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhes Forem Posteriores”, RT 556, 1982, p. 28).

Pela teoria dualista:

“O Direito Internacional e o Direito interno regem relações sociais distintas, inexistindo, portanto, a possibilidade de conflitos entre as normas

de cada uma dessas ordens jurídicas. Com efeito, segundo a teoria, para que uma norma internacional produza efeitos na ordem interna de um determinado Estado, torna-se indispensável sua assimilação pelo Direito interno” (ob. cit., p. 29).

E, dentro dessa matéria, indica o autor referido acima que a doutrina brasileira acompanharia com predominância a teoria monista, com predominância do Direito Internacional.

Porém, com grande discernimento, colocou que o aspecto doutrinário tem sua importância contextual no debate, sem ser uma resposta efetiva quanto à discussão e hierarquia ou prevalência no cotejo ou embate da norma de Direito Internacional e Direito interno.

Para o autor referido, vale o seguinte raciocínio:

“Assim sendo, pode a Lei Maior (ou Leis Maiores, conforme o caso) de cada Estado (note-se, não é o Estado quem o faz) livremente determinar a primazia seja dos tratados sobre as leis ordinárias posteriores ou, mesmo, sobre a própria Lei Maior (ou Leis Maiores), seja destas sobre os tratados, podendo tais regras ser alteradas a posteriori, de acordo com a realidade do trinômio fato-valor-norma” (ob. cit., p. 35).

VII - Tratados internacionais

Em texto da professora Maria Garcia versando sobre os tratados internacionais colhe-se sua definição:

“Os tratados internacionais, atos jurídicos pelos quais Estados e organizações internacionais criam, modificam ou extinguem relações jurídicas internacionais, assumem aspectos diversos, nas suas especificidades, podendo representar acordos ou convenções internacionais sobre negociações de caráter comercial, cultural e toda sorte de interesses desse nível, ou, então, constituir-se em tratados-normativos ou tratados-leis...”
 (“Tratados Internacionais. Denúncia. Necessidade da participação do poder legislativo. O princípio Constitucional da Tripartição dos Poderes”, *Revista dos Tribunais*, ano 5, nº 21, IBCD).

Destaca a autora mencionada a manifestação de João Grandino Rodas sobre o assunto, reproduzindo conceito de Reuter: *“uma manifestação de vontades concordantes, imputável a dois ou mais sujeitos de direito internacional e destinada a produzir efeitos jurídicos, segundo as regras do direito internacional”* (ob. cit., p. 92).

Também a compreensão de Albuquerque Mello é por ela citada, e de que:

“Os tratados são considerados a fonte mais importante do direito internacional devido não somente à sua multiplicidade, mas também porque geralmente as matérias mais importantes são por eles regulamentadas e mais democrática, porquanto há participação direta dos Estados na sua elaboração (Bedjaoui)” (Celso de Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 157, apud Maria Garcia, ob. cit., p. 92).

No Brasil a Constituição Federal vigente prevê e elenca expressamente os tratados internacionais como integrantes do ordenamento de direitos e garantias estabelecidos internamente.

É expressão disso o que consta do § 2º de seu art. 5º:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”

Estabelece a mesma Carta Magna, art. 84, inciso VIII, que:

“Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

.....

VIII- celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.”

Como já delineado em seção anterior, citando José Inácio G. Franceschini, como norma de valor, tem grau infraconstitucional, atribuição que não permite discussão sobre sua primazia, eis que situada em plano de regras, qual lei federal, com o que, por lição de J. J. Gomes Canotilho, antinomia

havendo, trabalhar-se-á por critérios de exclusão, sempre valendo como vontade legislativa a que se constitua edição última ou posterior.

Este é o posicionamento que prevalece no ordenamento brasileiro e na interpretação do Judiciário, ante os embates de monistas e dualistas, já referido.

Atesta essa interpretação, o quanto constou decidido no Recurso Extraordinário nº 80.004-SE (RTJ 83/809), onde pontuado:

“Dentro do sistema jurídico brasileiro, em que tratados e convenções guardam estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas pelo Estado, a normatividade dos tratados internacionais permite, no que concerne à hierarquia das fontes, situá-los no mesmo plano e no mesmo grau de eficácia em que se posicionam as nossas leis internas.”

Constitui o entendimento posicionamento irretorquível, que não se abala à idéia dos internacionalistas, renitentes à possibilidade de o Estado subscritor de tratados-lei, sem previsão expressa, denunciá-lo.

A cristalização da idéia contraria a independência e soberania do Estado, não se tendo por razoável falar-se em impossibilidade de se fazer exclusão do ordenamento por compromissos internacionais dessa ordem. Pois:

“O Estado soberano é originalmente livre de compromissos tópicos: tal o princípio da tábula rasa, segundo o qual soberania nascente encontrará diante de si um espaço vazio de obrigações convencionais, preenchendo-o à medida que livremente se ponha, desse momento em diante, a celebrar tratados. Parece bastante lógico que onde a comunhão de vontades entre governo e parlamento seja necessária para obrigar o Estado, lançando-o numa relação contratual internacional, se repute suficiente a vontade de um daqueles dois poderes para desobrigá-lo por meio da denúncia” (J. F. Rezek, ob. cit., pp. 107/108).

Topicamente, em oposição à linha de formulação de que não poderia o legislativo, contrariando compromisso internacional do Estado, tomar iniciativa isolada de editar lei em sentido contrário, revogando o espírito e sentido de tratados subscritos, anota o mesmo autor acima:

“A lei ordinária, entretanto, não é produto exclusivo do Parlamento,

visto que depende de sanção do chefe do governo. Este vetará o projeto caso discorde da idéia da denúncia: e só o verá promulgado, contra sua vontade, caso assim decida, em sessão conjunta, a maioria absoluta do total de membros de cada uma das casas do Congresso.”

Portanto, como assinalado ao se discorrer sobre o Direito Internacional, a prevalência dos tratados sempre deverá estar em conciliação com o corpo normativo interno, ante plano de equivalência e valor.

E demais não é repisar, menos possível ainda, considerando-se a ressonância do sistema normativo a partir do critério norma-valor firmado na Constituição, a pretensão de fazer valer, no campo dos tratados em torno dos direitos humanos, que a matéria mereça tratamento de norma constitucional, situando-se automática nesse plano e independente de subscrição pelo Estado brasileiro.

Isso é impossível, tanto mais que, no embate prático de questão posta à deliberação, contrariamente aos internacionalistas, firmou posição o Supremo Tribunal Federal em contrário, reafirmando a imperatividade e supremacia da ordem constitucional. Neste sentido registra-se a manifestação do ministro Celso de Mello, no *HC* nº 77.631-5/SC, *DJU* 158-E, de 19/08/1998, Seção I, p. 35), por despacho que lançou:

“A indiscutível supremacia da ordem constitucional brasileira sobre os tratados internacionais, além de traduzir um imperativa que decorre de nossa própria Constituição (art.102, III, b), reflete o sistema que, com algumas poucas exceções, tem prevalecido no plano do direito comparado, que considera inválida a convenção internacional que se oponha, ou que restrinja o conteúdo eficaz, ou ainda, que importe em alteração da Lei fundamental (Constituição da Nicarágua de 1987, art.182; Constituição da Colômbia de 1991, art.241, nº 10; Constituição da Bulgária de 1991, art.149 § 1º, nº 4, v.g.). Desse modo, não há como fazer abstração da Constituição para, com evidente desprestígio da normatividade que dela emana, conferir, sem razão jurídica, precedência a uma convenção internacional.”

Conseqüentemente, não se há de entender que se possa, mesmo em tema da relevância extrema, qual o dos direitos humanos, concordar com os

que comungam a idéia de que, por sua constitucionalização, resulte autorizada a incorporação, em nosso ordenamento, de tudo o que, no plano internacional, por tratados e convenções, verse sobre o tema, com aplicabilidade imediata.

É o que pensa a professora Flávia Piovesan interpretando o art. 5º, §§ 1º e 2º da Constituição Federal, dizendo que atribuiria *“aos direitos enunciados em tratados internacionais natureza de norma constitucional, incluindo-os no elenco dos direitos constitucionalmente garantidos, que apresentam aplicabilidade imediata”* (“A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, *Revista dos Tribunais*, Ano 6, nº 23, abril/junho/1998, p. 85).

Traduz sua manifestação o pensamento dos que imaginam a aplicabilidade interna, em matéria de direitos humanos, de tudo o que versado sobre o assunto em tratados. Diga-se, todavia, não ser o entendimento aceito e por razão sistêmica e de ordem normativa, como já acima anotado.

Afinal, assim admitido, como se colhe, teríamos uma normatividade constitucional aberta, fora do panorama formal previsto e exigido, decorrente do Poder Constituinte Originário, pelo qual se conduz ao poder de reforma, seja por revisão, seja por emenda.

Como registra Jeferson Moreira de Carvalho:

“O procedimento para o exercício do ato de reforma ou o mover-se dentro do quadro constitucional é obedecer totalmente às regras estabelecidas, porque a legitimidade também se dá através do procedimento, que deve ser o constitucional.”

E prossegue: *“Como se trata de um poder instituído e com o procedimento aprioristicamente estabelecido, é forçoso concluir que o primeiro limite existente está em obedecer à forma de agir estabelecida, porque o afastamento do que está imposto retira a legitimidade da função”* (ob. cit., p. 42).

E, apresenta-se importante destacar, constitui critério absolutamente isento, de técnica de interpretação legislativa ímpar, sem se permitir ilação de aversão à ordem externa por xenofobia. Afinal, não assim compreendido e haver-se-ia por possível construção e inserção de normas no ordenamento maior sem os controles formais e materiais.

Isso concebido, estar-se-ia ferindo nossa ordem jurídica em face da opção construtiva de nosso sistema interno projetado para fora e às relações em cotejo, sem se falar no desprestígio à nossa independência e soberania, o que decorreria do entendimento preconizado pelos internacionalistas.

Senão mais, como explica J. F. Rezek, está a compreensão em sintonia com os monistas da linha nacionalista, que:

“Dão relevo especial à soberania de cada Estado e à descentralização da sociedade internacional. Propendem, dessarte, ao culto da constituição, estimando que no seu texto, ao qual nenhum outro pode sobrepor-se na hora presente, há de encontrar-se notícia do exato grau de prestígio atribuído às normas internacionais escritas e costumeiras” (ob. cit., p. 5).

A colocação não retira, entretantes, que, sendo o ângulo de valor o que se fixa na Constituição, segundo a opção de cada povo, a existência eletiva de primazia dos tratados internacionais, simplesmente, constitui critério interno de ordem e segurança jurídica, que, livremente estipulado, não se apresenta como quebra da qualidade de soberania de que detentor o Estado que assim estipule, mas que, para o caso brasileiro, representaria uma afetação, vez que fora da vontade posta na estruturação de valor das normas devidamente editadas à vida e regulação das coisas.

Eis que não se pode descurar, centrada a dinâmica do nosso sistema legislativo na dicção da Carta Magna, segundo o professor Miguel Reale:

“Não é indo além do Direito e procurando um ‘ser Direito’ transcendente, mas é na própria ordem jurídica positiva que podem encontrar a integração fato-valor-norma à qual correspondente esta outra: validade social (ou ‘eficácia’), validade ética (ou ‘fundamento’) e validade técnico-jurídica (ou ‘vigência’).” E prossegue: *“Não podemos, pois, resolver o problema do fundamento da obrigatoriedade das normas jurídicas fazendo-as descer, por mero artifício lógico, de uma norma primária hipotética posta pelo jurista, à maneira de Kelsen”* (Miguel Reale, *Fundamentos de Direito*, 2ª ed., 1972, apud José Inácio G. Franceschini, ob. cit., p. 34).

VIII - Soberania interna

Como se fez entendido no antecedente, a soberania consiste na independência e igualdade de cada Estado em suas relações externas, como também qualidade exclusiva no plano interno, inexistindo referencial outro de poder em igualdade ou disputando a primazia.

Dessa forma, exercita as atribuições constitucionais como missão e centrando em si o poder-dever, para isso organizando-se a sua atuação em Poderes distintos, essencialmente voltado à satisfação e crescimento moral, educacional de sua gente e como nação.

Para isso, tem compromissos constitucionais vinculativos de se conduzir segundo premissas incorporadas e sinalizadas nesse instrumento maior, ordem superior, do qual não pode se desgarrar, pena de quem, governante, responder por esse desvio, ferindo a legitimação para a qual indicado ou eleito.

Essa é a segurança jurídica do sistema e é o caso do Brasil, onde não se consente o desvio de metas e vectores legais preestabelecidos, fórmula que, do mesmo modo que aquinhoa e destina ao ente estatal toda a concentração de poder, por mecanismos de freios e contrapesos, o situa envolvido em controles, seja pelos poderes em que organizado por sua harmonia e independência, seja pelos direitos assegurados a cada cidadão, que lhe permitem a contestação, seja à ação, seja à correção.

Daí assistir-se, de forma detalhada na ordem legal, a que ao Estado não é atribuído o poder para exercitá-lo simplesmente, mas para cumprir os comandos que expressam os anseios gerais de seu povo, impondo-lhe impulsos em todos os campos da vida humana, e para assegurar o aprimoramento e a dignidade dos seus.

Essas diretrizes, tem-se por evidente, sempre constituíram ideais apreendidos e buscados, não se olvidando que constavam ontem dos instrumentos legais dos Estados originariamente reconhecidos como tal nos tempos modernos.

Mas, como observado, a evolução e anseios das gerações passadas, ainda que apreendidas e legítimas, sofriam as limitações do estágio de então, gerando um grau menor de acesso e conhecimento às pessoas, vez que o comprometimento do Estado em oportunidades e administração da coisa pública voltava-se à potencialidade interna, pouco ou nada operando em comercialização de riquezas.

Essa expressão de vida de então, com menor interação entre povos e Estados, como já dito anteriormente, ainda que no contorno de isolamento, sempre fora a marca forte da independência de que detentores.

Naturalmente, com os olhos de hoje, se a expressão de possibilidades oferecidas às pessoas de se realizarem era mínima, por essa distorção, bem de ver que essa soberania externada não se concilia com a premissa presente do que seja soberania nacional.

Pois, indissociável vê-la não só ao poder de império do Estado, mas de como se situa realizando o gerenciamento interno e possibilitando e garantindo as realizações pessoais de sua gente.

De se rememorar, em passo concomitante desse passado, a ocorrência isolada de supremacias e crescimentos econômicos diferenciados que alcançaram algumas nações ainda naqueles tempos, seja pelas potencialidades geográficas ou dinamismo de sua gente, seja pela particularidade de se constituírem em países de traços e história constitutiva milenar.

E que assim sendo, por modelos ou expansão geradora de suas presenças nos vários quadrantes do mundo, fizeram mais próximas as trocas e as influências culturais, gerando aprimoramento e crescimento, mudando o mundo.

Chega-se por eles ao modelo de Estado pós-moderno, onde se assiste às nações, no privilégio do aperfeiçoamento tecnológico e das comunicações existentes, situarem-se obrigadas ao intercâmbio máximo para extraírem as oportunidades que lhes permitam o crescimento econômico e desenvolvimento.

Nesse pulsar de tempo, sem titubeio e para viabilizar-se não como país do futuro e sim do presente, é que se assistiu o Brasil promulgar sua Carta Magna, onde se lêem diretivas positivas, que elegeram para não deixar de fazer história e atender seus compromissos mais básicos com sua gente.

Porquanto, como afirmado, indiferente o conceito externo não havendo compromissos ordenados à plena dignidade de seu povo, que se caracteriza por várias ordens de certeza.

Regente é de seu destino, tendo comandos traçados e a cumprir perante os seus, fazendo-se presente no ordenamento das prioridades, como garantindo a ordem e as oportunidades, de modo a tornar possível a felicidade e a qualidade de vida que todo ser humano merece e deseja.

Daí não se faltar como necessária à convicção da soberania interna, que suas criações sejam assistidas, que seus pais possam contar com a oportunidade e

trabalho, como nas etapas da vida cada qual encontre políticas públicas em que o Estado, presente ou em parcerias, assegure os valores de apreensão que cada um conduz como expectativa.

Esta é a tônica pela qual se pode afirmar que um país dirige seu destino soberanamente e não porque sofre esta ou aquela injunção, decorrente de implicação natural no cotejo de disputas comerciais com outros países ou interesses contrapostos.

Quer se crer, nesta linha de comprometimento, ante a ordem legal que vige no Estado brasileiro, como por sua presença à frente da gestão de tudo que se elegeu como prioridades e valores maiores da vida nacional, que, nos percalços de dificuldades geradas por grandiosidade geográfica e população elevada, sua ordem legal o tem em seu comando.

E nada contraditório afirmá-lo ante momento em que se vive, de transformações e mudanças sociais, quando em tudo se fala e se cogita de estar o mundo em direção à globalização, universalização, círculo em torno do qual tudo gira aberto e livre, na falsa idéia da anulação do papel do Estado, conduzido para essa realidade implacável.

Pois isso apreendido, é linha de convergência trabalhada e entendida como necessária à nação brasileira em sede constitucional, demarcados estando nela postulados e vertentes que permitam torná-la desenvolvida, aprimorada.

Outro sentido não se retira dos princípios fundamentais, impositivos, lançados no seu preâmbulo, quais o da cooperação entre os povos e o da integração latino-americana.

E não se tem dúvida que o fazendo, buscando as parcerias, sofrendo as barreiras dos interesses contrapostos, impossível, neste terreno de gestão, segundo comandos legais que o legislador interno entendeu como caminho de transformações e crescimento de nossa nação, constitua contraditoriamente a perda de parcela de sua soberania.

Indubitável que esta leitura tem a ver com o eterno embate de políticas públicas a se aplicar na economia, a gestão e criação das riquezas dentro do seu território, onde as práticas exercitadas, de livre competição e de mercado às iniciativas privadas às vezes predominam como caminho e com sucesso superior. E outras vezes não, exigindo uma presença maior do Estado como partícipe e agente em nome próprio nesses intercâmbios.

Porém o dado que não se concebe e não se vê é que isso constitua o

afastamento do Estado de seu papel central e soberano, que esteja perdendo sua função reguladora e poder de cumprimento dos comandos legais de sua organização político-jurídica, em face de força do capital sem pátria, que estaria a se inserir e impulsionar as transformações fora de seu controle gestor.

Ora, este plano discursivo e teórico nada mais é que a renovação de tema político-ideológico de ontem, com nova configuração, do almejado Estado Social contra o Estado Liberal. Enfim, uma opção diretiva.

De todo modo, não há se perder de vista que a consagração de um grande mercado, explorado livremente, não se constitui ainda hoje desejável, como querem os ideólogos da diminuição da função do Estado.

Não são eles detentores de sensibilidade e compromisso com os nacionais, sua gente. E, propagando a falsa idéia da riqueza livre como propiciadora de oportunidades e crescimento, em verdade estando só atrás de resultados, ignoram, no plano de continuidade, segurança jurídica, direitos e futuro.

Afinal, não se atrelam aos compromissos gerais de destinação quais os Estados, voltados à efetividade de transformações e proteção dos seus em primeira e última instância.

Este é o zelo necessário em torno da questão, para não se permitir o relaxamento orgânico-jurídico do Estado, vez que, havendo a franquia ao agente financeiro não identificado e ausente o poder de regulação, à frente haverá de efetivo o enfraquecimento de seu povo, com transformações ilusórias.

1- As Empresas Multinacionais no Mundo Globalizado

Não se há descurar que os grandes conglomerados empresariais hoje existentes no mundo, com atuação em todos os continentes, constituam agentes propulsores do progresso, geradores de riquezas, necessários, com relevante participação interna nos países em que fincaram bases, investindo.

A efetividade de seus interesses, entretentes, por lógica e expectativa de seus executivos e acionistas, principalmente, é o de se pontificar, em cada praça, retirando os lucros, seja em face do mercado local, seja para o fim da exportação.

A esse propósito, elegem preferencialmente países onde obtenham vantagens tributárias ou incentivos fiscais satisfatórios, conciliados com os seus interesses, e não necessariamente com os daqueles.

Essa contrapartida inicial é que os faz já de início, ante poderio econômico sedutor e atração de impulsionar desenvolvimento, mais que um elemento econômico interno quais outros internalizados, em entes fortes e influentes.

E desse passo seguindo à consolidação, com sua ramificação em vários segmentos econômico-financeiros, tornam-se perceptíveis e sentidos como fundamentais na normalidade interna da economia de toda e cada nação.

E isso decorre de sua inserção na vida de cada um, empregados, fornecedores, consumidores, governo, oferecendo bens e oportunidades em ritmo virtual, cuja dinâmica mercadológica os torna integrados e necessários à vida de cada um.

De todo modo, não se pode consentir, pela invisibilidade de seu poder de influência decisória em todos os quadrantes, por estratégias próprias, possam construir a ideologia de seus interesses sibilinamente, de maneira a tornarem-se detentores dos destinos da felicidade de um povo e dos rumos das políticas públicas de uma nação, que se devem nortear por direção do Estado.

A preocupação é necessária para que não se imagine ser esse caminho o melhor ou único e que, pela dinâmica, evolução tecnológica virtual e avassaladora, se concorde com a elaboração de que o Estado regulador, sendo de atuação compassada, com alteração legislativa lenta, não podendo acompanhar esse ritmo, se imponha afastado, cedendo passagem e condução às empresas multinacionais e capitais financeiros, a sobrepassarem livres às políticas e operações globalizadas.

Casuística e oportunista esta construção mental, vez que, abaixo e na linha dos efeitos, restará não só o Estado combalido, mas sim cada povo que cada nação represente desfigurado, saindo de cena do papel de destinatário e principal motivação do sentido organizacional atingido pelos Estados para simples objeto a ser explorado como consumidor.

Entretanto, como produzir estes homens em termos mercadológicos se desassistidos ficarem da infância à formação adulta?

Afinal, se não se constrói esse ser com essas potencialidades gratuitamente, fica a indagação para ser respondida quanto a quem ficará a responsabilidade de dar organicidade geral, apropriar receitas (impostos) para políticas públicas e manter internamente os recursos gerados, e não, ao contrário, torná-los circulantes e livres para qualquer ponto do globo terrestre?

Não se pode esconder a questão; a reflexão a seu respeito não é do interesse do capital dominante, mas, ainda assim, aqui e acolá, colhem-se manifestações autorizadas buscando alertar para esse problema.

Pois prepondera hoje o potentado econômico de grupos empresariais em relação à potencialidade de número elevado de nações.

Por apreensão disso, Noreena Hertz, economista, ex-funcionária do Banco Mundial, envolvida e sensibilizada com a realidade prática, em visão global, atesta, em trabalho escrito, acusando, estarem as multinacionais *“silenciosamente conquistando o mundo e pervertendo os sistemas democráticos. Com um inigualável trunfo nas mãos — o dinheiro —, elas impõem políticas e influenciam decisões, além de invadir áreas de atuação pública, como educação e saúde”*.

É o tema de recente livro seu, sem tradução para o Brasil, *The Silent Takeover (A Conquista Silenciosa)*.

Concedeu ela entrevista à revista *Época*, edição nº 219, pp. 13, 16/17, de 29 de julho de 2002, e ali estabeleceu considerações importantes em torno da globalização e sobre as empresas multinacionais.

Destaca-se, em sua manifestação, não existir ligação entre os interesses societários com os compromissos sociais internos de cada país onde atuam, sendo seus papéis de representação apenas o de satisfação dos objetivos do lucro por resposta almejada de seus acionistas.

E que, sendo assim, pontuou:

“As políticas ambientalistas de George W. Bush são orientadas pelos interesses das gigantes de energia, que financiaram parte de sua campanha. A questão fica também clara quando se analisam acordos comerciais como o Nafta (EUA, México e Canadá), cujos princípios retiram dos governos a capacidade de tomar certas decisões. Na Europa temos outro exemplo: o ex-ministro alemão Oskar la Fontaine tentou elevar os impostos corporativos em 1999, mas companhias como Deutsche Bank, BMW e Daimler-Benz se juntaram e disseram que iriam tirar fábricas e investimentos do país se ele fizesse isso.”

Outra declaração sua: *“A economia de países em desenvolvimento é muito dependente de investimentos externos, e, cada vez mais, eles reduzem o nível de exigência para recebê-los, seja fazendo vista grossa para violações de normas ambientais, seja até oferecendo benefícios, como num leilão.”*

Também, que:

“Há um ano, uma pesquisa mostrou que os americanos achavam que as empresas tinham mais influência sobre sua vida que o próprio governo. Agora, eles vão passar a perceber que as empresas não estão olhando para o interesse público, mas para o delas. A conquista silenciosa está se revelando à luz do dia. E isso pode levar a mudanças reais.”

Interessante sua linha de pensamento por permitir um paralelo contrastante, vez situar expressamente o exemplo dessa influência corrosiva (das empresas multinacionais) sobre o poder do Estado, citando exatamente os Estados Unidos da América.

Isso se anota por se saber que predominantes ou majoritárias são as empresas multinacionais norte-americanas, que estão presentes em todo o mundo. E que se constitui em referencial de hegemonia sobre o mundo exatamente essa nação, para a qual não se ventila ou trabalha-se raciocínio de soberania relativa ou flexibilizada.

Estranho, então, por se permitir neste cenário dizer que as empresas multinacionais ali estariam com seus interesses sobrepostos em tudo e sobre tudo, na medida em que é o país em que se centram, com tentáculos e sustentações exatamente do governo norte-americano pelo mundo afora onde atuam.

Então, como explicar o sentido prejudicial dessa formulação, se imagina carreados para a economia interna dos Estados Unidos da América os resultados obtidos, respeitados os critérios tributários de remessa de lucros? É a interrogação que fica.

Mas a partir do que disse nada mais simples, vez que quer se crer que aí está a lógica da autora Noreena Hertz, por estar voltada à compreensão de tudo, como posto atrás historicamente, que a sociedade originária e o Estado pós-moderno, ontem como hoje, como entes sociais orgânicos, sempre estiveram e estão à finalidade coletiva.

Por lógico, então, mesmo na maior nação do mundo, a mais próspera e laboratório de modelos vendidos ou exibidos à cobiça, ali mesmo, por critérios egoísticos e societários dos conglomerados, torna conduzido e explorado esse mesmo povo.

E o custo para eles, norte-americanos, seria o de trabalharem suas realidades com encargos superiores, cujas prioridades, por dirigismo de interesses não

visíveis e entranhados no poder, não expressariam suas expectativas gerais.

Então a sua contribuição tem a valia de se buscar repensar o formato futuro da humanidade por antecipação, que, redesenhado, na mão do capital financeiro, já enxerga levar à desarrumação estrutural pelo enfraquecimento ou anulação do Estado, com implicação de levar a todos para a codificação de um número, sem cidadania, mero objeto.

Mas que se levante, ainda, mais um contraste. Erige-se esse grande capital financeiro por apropriação das riquezas populares, considerando que esses tentáculos são construídos a partir de políticas de apropriação de segmentos econômicos, internamente em cada país e tomados do Estado para eles por trabalhos legislativos seletivos e graduais de concessões, forma com que alcançam a exploração de áreas sensíveis, estratégicas e de segurança.

Ora, mas não é sabido que as riquezas internas existem e devem ser exploradas à satisfação democrática e coletiva do contingente humano que sobrevive e ordena-se como povo dentro do Estado em seu território?

A resposta é sim e por isso é que não se admite que se possa concordar com o frutificar de convicções simplistas ou entreguistas, que sempre se esconderam na visualização dos resultados econômicos imediatos como a representação da melhor opção, indiferentes de serem trabalhados por mãos não detentoras de compromissos internos.

Afinal, quando se elegem parceiros econômicos, não se pode descuidar do interesse público e da responsabilidade dirigente, uma vez que, por trás das concessões, ficam à mão os cidadãos, e não a idéia vaga de um mercado interno disponibilizado à exploração de determinada atividade.

Lógica a conclusão, então, de que não se tem como separar o Estado das diretrizes dos interesses de seu povo, vez que os postulados democráticos pelo norte do capitalismo, expressamente esposados pelo Brasil, não se consolidam simplesmente pelo liberalismo ou capitalismo selvagem.

Tópica e exemplar, por ser questão tratada diariamente na mídia, em oportuna transição para novo governo que assumirá, quanto à preocupação com o sistema previdenciário público, estrategicamente vendido na premissa de encargo orçamentário governamental.

Da mesma forma que aconteceu com a educação e com a saúde, pretende-se que mais esse segmento (não econômico) de direitos e clientela seja transferido ao controle e à receita do capital financeiro privado.

Trabalha-se a mente dos cidadãos por idéia de mínimo em que lançados na sua maioria, em processo atuarial de longa data montado em que, por lógica de contribuição, estão contidos em patamares de aposentadorias irrisórias, descabidas.

E, na conveniência, esquecem-se da seriedade necessária no trato do tema, ignorando as responsabilidades administrativas passadas, consistentes em não indagar ou perquirir para onde foram lançadas as receitas de formação desse bolo então na administração governamental e desviadas as suas necessidades de caixa no tempo.

Como também, de desfigurar o modelo estatal, à idéia de que isso impõe transferência a todo cidadão desses encargos, quando, sabidamente, o critério de formação de capital, de longa data montado, tem, na condição do sistema, o Estado partícipe da contribuição como empregador, que, ignorando isso, deixou o seu aporte mensal mantido em operações correntes e não à específica. Decerto disso a existência do déficit e cotejo de receitas outras para o fechamento orçamentário.

Isso tudo não tem relevância e cobrança da sociedade, na medida em que se situa desinformada e é cativada pela idéia de igualdade e nivelamento por baixo, quando o contrário seria a linha de traço ideal a ser trabalhado.

E, pior em tudo, colocando todos nas mãos do sistema incorretamente chamado de previdência privada, e não de capitalização, até ontem assim denominado, autorizando que se forme um bolo financeiro incomensurável nas mãos dos particulares, grandes conglomerados, que estarão abertos a recepcionar contratos de longo prazo e sem contrapartida nos próximos dez, vinte anos.

Se, por sorte, ao final estiverem presentes e com hígidez financeira, então a resposta de direito a cada partícipe. Se não, que se lance mão do dinheiro do Estado em nome da segurança e interesse público (Proer).

De fato o Estado não poderia ficar ao largo de mais esta questão, pois a rigidez fiscal e orçamentária hoje erigida, em boa hora diga-se, chamando os dirigentes à responsabilidade, não pode estar montada só à reserva de receitas para pagamento da dívida externa.

Induvidoso e possível, como em tudo que receitas para o Estado haja, exercite-se também critérios contábeis rígidos e em contas específicas. Só isso seria suficiente a longo prazo estabelecer resposta correta.

Não se pode ficar ao largo de que a dignidade humana não se delimita como um direito e resposta só na medida da contrapartida de vida operosa útil de cada um.

É conclusão de tudo que o alerta isolado qual o aqui trazido, de Noreena Hertz, representa uma trincheira à qual devem se somar todas as outras influentes, para que não se crie a falsa ilusão, pelo domínio dos meios de comunicação comprometidos com o capital internacional ou formadores de opinião com esse vício, de que o mundo caminha sem volta para esse grande mercado de exploração humana.

A inexistência de ordem jurídica instituída, a desregulação sobrepassando amanhã, representará, sim, não só o fim do Estado soberano, mas o de sua gente em todos os quadrantes indistintamente considerados, vez que diminuídas e com menos direitos como cidadãos, certamente.

2 - Tratados econômicos

Como já fora colocado anteriormente, não se tem, para o Direito interno brasileiro, margem de interpretação e dúvida de que sua Constituição é que outorga e estabelece as vias de seu entrelaçamento externo, seja em tratados-contrato, seja em tratados-lei.

Sendo essa a vertente da qual emanam as iniciativas de busca de integração, seja regional, seja de outra escala, não se consente que esse processo de parcerias com outros Estados constitua forma de reduzir ou diminuir a soberania nacional, como também não se dá validade, nessas iniciativas, à convicção de que esse plano sujeitaria os parceiros estatais em submissos a uma ordem supranacional.

Em verdade, os ditames em que trabalhados os acordos ou tratados não superam os limites gizados nesses instrumentos, sem que se desborde ou atue alterando, em forma ou matéria, o contexto normativo interno dos países signatários ou envolvidos.

A concreção deles é buscar, nos critérios associativos, a soma de esforços e aperfeiçoamentos das economias partícipes, em que sobrepujaria a todos encontrarem entre si conciliações mercadológicas (vendas e compras internas entre si) e trabalharem a competição externa unindo critérios tarifários e de circulação de suas riquezas, como fator de oposição e eleição de melhores preços e receitas.

Afinal, não se pode esquecer de que acima foi objeto de tratamento a escalada inabalável dos interesses macro-econômicos de forma geral no mundo atual, partindo de estocadas e ingerências dos capitais internacionais ou de nações hegemônicas, que se norteiam pelo interesse de operar a predominância de seus ganhos, fazendo o giro das coisas sob a ótica econômica de resultados, expropriando, por atuação estratégica, as bases de controle dos segmentos produtivos de cada nação.

Essa realidade estando apreendida, decorre convir que a formulação de blocos não se constitui em processo degenerativo ou em diminuição do Estado soberano, e sim em via gestora de sua economia, uma alternativa de se situar competitivo e para trabalhar o seu desenvolvimento.

Nada há em conteúdos da espécie regulados que não se atenha ao respeito à ordem jurídica interna detentora dessa vontade delegada e da qual emana a deliberação.

Em tudo é real que tais formulações são perseguidas para estabelecer os mecanismos de defesa de sua ordem e independência econômica, como modelarmente se compreende a União Européia.

Indiscutível que a ordenação passada e precedente desta tem a ver com a competição internacional econômica, em que, enxergadas as alternativas para se fazer com potencialidade, crescimento ou até sobreviventes, cada país integrante, sem abrir mão de sua soberania e ordem jurídica em que baseado territorialmente, nessa coalizão erigiu sistemas de produção, circulação de suas riquezas, construindo barreiras impeditivas ou de prevalências diante das potências mundiais.

E essa ordem de sentido econômico, não as fez entre si subjogadas ou feridas em independência e igualdade.

Tanto assim que não é sem causa que se assiste ao embate negocial de longa data travado pelos norte-americanos para a definição de uma parceria continental mais abrangente do que a buscada e originariamente pretendida pelo Brasil com os parceiros do Mercosul.

Inseriu e propôs bases integrativas nossas à Alca, em que se faz visto por intérpretes econômicos como tentativa de desmobilizar e anular o concorrente e alternativo bloco sul-americano do Mercosul.

Indiscutível que representa essa mesma convicção a maior expressão de que essas perspectivas de associação ou integração são úteis e necessárias, tem

significado delimitado e único a estas práticas, sem atingir conotação alguma de perda orgânica e jurídica do Estado brasileiro.

Sendo essa a realidade dos processos regionais de integração, o que nos conta como país independente é trabalhar a associação econômica preservando os interesses nacionais ou pondo-os nivelados aos demais parceiros, assegurando os resultados de crescimento em sendo essa inserção que prevaleça entendida como mais interessante à nação brasileira.

Demais, como entendido e visualizado, a existência de mecanismos gestores, de arbitragem ou de jurisdição no que se tenha por necessário nas controvérsias tarifárias, tributárias, de prevalências ou disputas decorrentes de maior potencialidade econômica, tudo circunscreve-se ao que regulado ou codificado na deliberação do instrumento regente (diga-se tratado), sem que ganhe conotação autorizada de se erigir em uma ordem supranacional ou de base comunitária.

Afinal, deve ser reafirmado, essa construção jurídica de integração sai da ordem interna para o instrumento subscrito e não o contrário.

Cuidando do sentido e interpretação que comportam esses processos regionais de integração, no particular da União Européia, lê-se em trabalho da autoria do professor Enrique R. Lewandowski que:

“Na Europa, essa nova forma de união de Estados, como visto, adquiriu tal grau de coesão que deixou de ser uma associação para fins meramente comerciais ou econômicos, para assumir a natureza de um quase-Estado, não lhe sendo, todavia, inteiramente aplicáveis os conceitos de confederação e federação, até porque se trata de um modelo ainda inacabado, conforme observam William Nicoll e Trevor C. Salmon” (Cf. *Understanding the New European Community*, London: Prentice Hall, 1994, pp. 306-309, *apud* autor referido, “Direito Comunitário e Soberania: Algumas Reflexões”, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 92, 1997, p. 236).

E o autor em referência arremata:

“Assim, impõe-se a conclusão de que não há qualquer violação da soberania dos Estados que integram os novos blocos regionais, nem mesmo daqueles que fazem parte da União Européia, ocorrendo, como acima

observado, mera flexibilização da idéia que tradicionalmente se construiu acerca da mesma, até porque os membros da associação podem, por força desse mesmo princípio, denunciar a qualquer momento os tratados a que aderiram...” (ob. cit., p. 242).

Especificamente à nação brasileira, na linha do intérprete em questão como a proposta deste trabalho, processos de integração não provocam alteração alguma em nossa ordem jurídica.

De maneira contrária à compreensão de alguns publicistas e constitucionalistas, não se traduz por esses tratados significativa e real alteração do nosso ordenamento jurídico, considerando que, na rigidez normativa e por sua hierarquia, dá a Carta Magna o traço de enquadramento e grau deles.

Porquanto, como já expressado, restando entendidos e concebidos na nossa ordem jurídica, ingressam por esse permissivo, sem qualquer margem de possibilidade de se constituírem critérios revisores das bases em que asentada a Constituição.

Daí não se acolher, como alguns, que tenham categoria supranacional ou base comunitária sobreposta ao sistema interno.

Em verdade, a linha necessária da integração econômica, passando por seleção e eleição de prioridades e necessidades internas de cada Estado, por si afasta e rejeita como sendo isso o caminho de concessões e diminuição da soberania nacional.

A reflexão que cabe extrair, simplesmente, é de ser a dinâmica atual da economia uma realidade distinta de ontem a exigir formas aprimoradas de se exercitarem as políticas públicas pelos Estados soberanos em um mundo economicamente globalizado.

Significa retirar o Estado da redoma interna e, por imposição de bem representar os interesses de seu povo, com segurança e garantias dadas por seu ordenamento, de forma independente, ser criativo e aberto para novas práticas de administração que constituam fundamentos de crescimento e consolidação nacional.

Enfim, não se vê que o poder soberano, ou soberania de um povo, estruturado e representado, sofra ou esteja em revisão histórica por uma ordem convergente e, acima, quando busca processos integrativos.

Os limites da leitura dessas posturas não vão além dos instrumentos

subscritos e das finalidades estritas a observar, como ontem se fizeram as práticas comerciais conforme a visão e o alcance que as limitações de ordem, qual transporte e comunicação, geravam.

Pensar mais que isso é revolver às formas pelas quais os Estados tiveram sua origem, transformaram-se e conformaram-se em novos entes orgânicos, em tudo diferentes e não comparadas a essas práticas econômicas, contidas e delimitadas a interesses imediatos e presentes.

Prosseguir com as fusões e transportar a ordem constituída de cada Estado a um plano comunitário é algo ainda não cogitável, impossível de ser gerenciado, especulação científica respeitável, mas não real, das transformações que poderão vir, mas sem embasamento jurídico naquilo a que se assiste hoje.

Porquanto tudo retorna à base interna, onde a deliberação de cada povo por sua representação, em exercício soberano, é que dirá o rumo que se elegerá como o melhor e à frente.

3 - Dívida Externa - Acordos com o Fundo Monetário Internacional

Como fora registrado em antecedente, na ordem constitucional brasileira é de competência do Presidente da República a celebração de tratados, convenções e atos internacionais, necessitando serem aprovados pelo Congresso Nacional, que os consolida por Decretos Legislativos.

Porém, ainda que assim seja, existem acordos de vigência e duração estendida no tempo, para os quais, se colhe uma convalidação contínua, sem se reportar, a cada passo, ao controle e aprovação do Poder Legislativo.

Seriam os denominados acordos executivos, que Hildebrando Accioly, citado por J. F. Rezek, assim define: “*que consignam simplesmente a interpretação de cláusulas de um tratado já vigente*”; “*que decorrem, lógica e necessariamente, de algum tratado vigente e são como que o seu complemento*” e “*quando têm em vista apenas deixar as coisas no estado em que se encontram, ou estabelecer simples bases para negociações futuras*” (H. Accioly, *BSBDI* (1948), v. 7, p. 8, *apud* J. F. Rezek, *ob. cit.*, p. 62).

Desse permissivo e por interpretação de assim estar enquadrado, é que se extrai a lógica de ficar às mãos do ministro da Fazenda e Banco Central do Brasil o gerenciamento da nossa dívida externa, modo pelo qual se conduzem,

em critérios fechados, as renegociações noticiadas, não se constituindo em textos abertos ao conhecimento geral.

Também, que se saiba, ainda que potencialmente geradores de oneração, não passam pelo crivo do Congresso Nacional.

Este é um ângulo de condução da questão que faz com que surjam vozes insurgentes e de insatisfação, quando aqui e ali se colhem condições dispersas em instrumentos firmados pela Nação brasileira com o Fundo Monetário Internacional e bancos credores em etapas de vigência desses acordos internacionais de nossa dívida externa.

E não parece desproporcional essa preocupação, ontem como hoje, considerando-se o vulto de comprometimento de dinheiro e o grau de afetação da vida de cada um, por restringir, no tempo, oportunidade mais próxima de implementação de políticas públicas desenvolvimentista e distributiva das riquezas internamente apropriadas ou criadas.

Não só isso. O estabelecimento de metas e prioridades que se desviam daquilo que se entende ser o caminho mais racional e representativo dos interesses públicos do país.

Sem dizer que, sendo ato negocial essencialmente contratual, não há de parte de nossos representantes o cuidado e o zelo de preservar os limites da ordem jurídica interna em expressão de nossa soberania. E daí colherem-se, em muitos casos, vinculações de nossa nação em condições que desbordam a validade permitida por nossa Carta Magna.

É expressão disso o debate travado na órbita do Congresso Nacional, objeto de artigo do advogado Sérgio Ferraz, quanto ao que teria sido o “Acordo Dois”, firmado com os bancos credores no ano de 1983.

Afora a ausência de publicidade, como curial, teria gerado estupefação a ausência de posicionamento do Poder Legislativo em face do conteúdo desse acordo de então, que estaria vazado em termos comprometedores de nossa ordem jurídica interna.

Entre as condições feridoras de nossa independência cita o trabalho do articulista referido e profissional do direito, os atinentes à renúncia da imunidade judiciária e ao direito brasileiro, com assentimento de nosso Estado Brasileiro ser acionado em tribunal externo, nos Estados Unidos da América; sujeição do patrimônio da União Federal à penhora; renúncia do contratante à arguição de nulidade e mais, à da própria soberania (“Soberania Nacional

e Direito Constitucional - Competências do Executivo e Legislativo em Negociações Internacionais”, *Revista de Direito Público*, nº 71, julho/setembro de 1984, pp. 101/109).

A questão mereceu resposta técnica em trabalho de responsabilidade do professor Arnoldo Wald, onde traçou linha evolutiva da doutrina pela qual os atos negociais dos Estados, estando à frente seus interesses econômicos, quais os operantes em negociações de dívidas formuladas por empréstimos ou colocação de títulos públicos nas praças externas, na questão da imunidade judiciária, a sujeição ao tribunal externo tem leitura pela natureza do ato e não pela personalidade de direito público ou privado de quem a pratica.

E na ordem jurídica interna, tratando-se de atuação como parceiro contratual, citou o art. 9º da Lei de Introdução, que albergaria o entendimento de que a competência se rege pelo lugar onde assinado o contrato.

Mais atestou: *“Em relação ao ato firmado em Nova Iorque, em 25 de fevereiro de 1983, entre a União Federal, o Banco Central e os bancos estrangeiros, para um financiamento internacional a ser pago no exterior, a lei aplicável é evidentemente a dos EUA e particularmente, no caso, a Lei do Estado de Nova Iorque.”*

E situando o aspecto exclusivamente comercial da renegociação da dívida, *“conclui-se que evidentemente inexistiu qualquer violação da soberania nacional, não ocorrendo, no caso, qualquer inconstitucionalidade, como aliás acaba de reconhecer o procurador-geral da República ao arquivar representação da Ordem dos Advogados do Brasil”* (“A Renegociação da Dívida Externa e o Respeito à Soberania Nacional”, *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 55, pp. 35/41).

Esses são alguns ângulos produzidos em torno da nossa dívida externa no passado, que possivelmente integrantes hoje de protocolos renovados; ainda assim, não se consente representativos de ferirem nossa soberania.

Pois, como colocado, não se indo além de contratos, o sentido instrumentado nas condições assinadas, comprometimento formal, não se extrai que condições feridoras de nossa ordem jurídica, em se denunciando os acordos, possam se viabilizar concretamente em iniciativas de agressão à nossa soberania.

Na ordem internacional, os negócios sucedem com conhecimento de que os países em geral não são possuidores de lastros em garantia das operações, seja os Estados Unidos da América ou Brasil, sendo a garantia *“a confiança dos investidores de que o governo não dará um calote público, apesar de as*

evidências demonstrarem que os governos têm dívidas incomensuravelmente superiores às suas forças econômicas” (citação do autor Ives Gandra da Silva Martins, em “Princípios de Soberania e Autodeterminação dos Povos na Política Internacional”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ed. Revista dos Tribunais, nº 4, julho/dez., 1999, pp. 45/51).

Enfim, não há como entender, na esfera desses acordos, que as expressões maiores de nossa independência e riqueza interna possam ficar sujeitas às execuções formais previstas nesses instrumentos.

No que se refere ao monitoramento realizado na gestão financeira dos países, visto como uma ingerência indevida e feridora da ordem interna, ostensivamente praticado pelo Fundo Monetário Internacional, inclusive no Brasil, há que se fazer o temperamento necessário, recorrendo-se a fundamentos não emocionais.

Não se pode trabalhar a questão esquecendo que referida instituição constitui um organismo internacional, do qual somos associados, a que a adesão formal traz a contrapartida de sujeição dos integrantes, havendo obtenção de linhas de crédito, de abrir suas contas ao organismo, que estatutariamente se reserva o direito de aconselhamento e de traçar diretrizes que sejam recomendáveis para o associado.

Esta tônica central, evidentemente, embora tenha uma interpretação textual, não afasta que, sendo associado majoritário os Estados Unidos da América, com poder de voto e deliberação prevalente, faça com que a atuação de dito organismo se traduza em diretivas em que não se oculta proteção e monitoramento na linha da expectativa dos bancos credores, todos centrados naquela nação.

Todavia, se realçado, em ponto anterior, que os países em geral estão endividados e sem lastro, dependentes todos dos investimentos externos e de linhas de créditos, não se pode pretender trabalhar indiferente ao Fundo Monetário Internacional, que se constitui em referência necessária de credibilidade ao sistema, seja para o alongamento do perfil da dívida, seja para mais aporte de capital para o gerenciamento operacional interno, tanto ao Brasil com a outros integrantes desse clube.

O dado não trabalhado e válido para a matéria, em verdade, quer nos parecer outro.

Independentemente de ser recorrente e impossível, nesse entrelaçamento

internacional de interesses e parcerias econômicas, ficar-se no isolamento, ser indiferente e à margem da malha mundial de negócios e de financiamentos em tempo virtual, em que atitudes não convencionais podem gerar mais custos e prejuízos, o que não se admite é se manter inerte e deixar de se trabalharem os instrumentos obrigacionais sob a ótica do justo equilíbrio e oneração lógica cabível.

Pois, como visto recentemente, não se aceita que, havendo uma desvalorização excessiva de nossa moeda em relação ao dólar, o critério cambial especulativo e sem parâmetro possa medir e alterar o perfil da dívida externa, apropriando e comprometendo, sem respeito ao razoável, orçamentos inteiros, tornando outra coisa o que ontem constituía a obrigação definida.

Esse é um dos papéis a exercitar a representação dos nossos interesses, neste plano, afora quebrar delineamento orçamentário em que se privilegia o pagamento dos serviços da dívida, contrariando e diminuindo sobremaneira os vínculos constitucionais de atender as prioridades eleitas como mais importantes, a que vinculado o governo brasileiro a cumprir.

A apreensão dessa conduta gestora da coisa pública faz com que o leigo não se sinta protegido e administrado segundo uma premissa de respeito aos interesses nacionais e à sua pessoa.

De todo modo, é um ângulo pontual, que não pode ser trabalhado sem se voltar ao passado, ignorando que esses comprometimentos são resultados de ganhos apropriados por investimentos externos, em que se permearam algumas administrações corretas e outras, não.

E esse é um passivo que nos foi delegado, que não podemos esconder ou negar, havendo-se que buscar um meio termo que nos permita enxergados externamente como viáveis para outros investimentos, o que não passa, com certeza, pelo calote.

E, se assim não são essas questões, mesmo que emblemáticas, que empanam nossa soberania.

IX - Ordem internacional

A todo o tempo, em cada fato social, político, cultural e econômico, assiste-se à afirmação de que os valores de soberania se encontram sob risco, com a conceituação alterada ou flexibilizada.

Assim é em torno da globalização, mito formulado como uma defesa ou

propósito de reformulação das bases em que apoiadas as políticas públicas no particular de um país ou do mundo.

Sabidamente se constitui em processo econômico, que se pretende, por velocidade forçada, introduzir alterações nas práticas comerciais sem óbices reguladores em tempo virtual e de modo a atender as demandas em todas as partes do mundo.

Nada há contra, desde que não sobrepare como o próprio fenômeno jurídico, que não o é, ou pare fora da ordem constituída e sem incidência dos efeitos e reflexos de suas operações.

A idéia buscada de livre circulação das riquezas é que se constitui num dado impróprio e que representa o óbice necessário em proteção das bases territoriais em que direcionados os negócios, sejam de telecomunicação, comunicação ou transportes.

Neste aspecto o relevante é não se admitir o descaminho para a subtração dos fatores regrados como geradores de obrigações tributárias e tarifárias, por ser forma de desapropriação de receitas dos países, seja em operações bilaterais, seja em multilaterais.

Dessa forma, como processo econômico multiplicador, apenas se impõe que cada Estado, como em práticas convencionais, não deixe de operar seus instrumentos jurídicos regulando as hipóteses de circulação das riquezas.

Esse é o dado que se trabalha sibilamente para tornar abertas e francas as fronteiras dos Estados e que se constitui no elemento desagregador da ordem interna.

Pois, mantidas ao Estado as tarefas constitucionais que lhe são impostas, qual no Brasil, esse não pode abrir mão de seu papel regulador, por ser o único, na ordem interna, compromissado com o cumprimento das tarefas constitucionais de administrar, obrigado a fazer receitas a esse propósito, o que nunca imaginado assumam os agentes internacionais do capitalismo puro.

Esses não se atrelam aos compromissos internos e não podem deixar de responder pela dinâmica econômica em que se inserem como atores ou parceiros.

Se não assim, desmantela-se o Estado, fazendo desvalido e entregue à exploração seu povo.

De outra parte, em outro aspecto, conscientizando-se todos da unidade do meio ambiente, a tornar necessário uma soma de condutas uniformes ao

interesse comum para garantir qualidade de vida, havendo-se por necessários critérios racionais e sustentados para o desenvolvimento, não se imagina possível a ausência do Estado ou o seu afastamento, em cada território, do controle e gerenciamento dos problemas deste cenário para a vida saudável dos cidadãos de amanhã.

Essa vertente dos direitos difusos, de forma diversa à convicção dos que entendem representar uma divisão de valores da ordem interna, representa mais claramente a necessidade de se fazer, dentro de cada país, presente o Estado regulador, único com responsabilidades e autorizado a realizar a prevenção da iniciativa particular predatória, sem critério, sem compromisso e exauridora das potencialidades naturais.

Dessa forma, esse equilíbrio, que se projeta mundo afora, vai do particular para o geral, e não o contrário.

Não se imagina as indústrias, sem que se situem coibidas ou conduzidas aos critérios salutarres de produção, estabelecerem, por iniciativas próprias, custos adicionais à sua escala industrial, implantando filtros de ar ou critérios de despejo dos resíduos industriais.

Projeta-se a compreensão a partir do próprio problema, hoje trabalhado pelas nações, impondo ou perseguindo que todos os países venham a ser subscritores do Protocolo de Kyoto.

E o peculiar é que bem responde a omissão dos particulares com o problema do efeito estufa é a resistência dos Estados Unidos da América de ratificá-lo, presumindo que o faz em postura de proteção ou imposição de suas indústrias, únicas interessadas em trabalhar, livremente e por menor custo, suas atividades.

Daí indagar-se, se a todos são distribuídos os encargos de restauração da natureza, políticas de saneamento, preservação de rios e mares, fauna e flora, possa-se imaginar uma sociedade desvalida de comando e dominada por forças de mercado?

Impróprio, então, falar-se na falência do Estado ou que se veja flexibilizado em seu poder soberano.

Já em outro prisma, nem as práticas recentes de intervenções avalizadas ou apoiadas pela Organização das Nações Unidas autorizam o entendimento de que se esteja em face de uma alteração central à soberania dos Estados nos tempos de hoje e na visão autorizada desse organismo.

A ordem de força e sua realização não retiram aspectos políticos e de oportunidades e diante de quem realizado.

As razões de ordem humanitária e para guarda dos direitos dos internos nem sempre têm a ótica qual a da intervenção na Iugoslávia, caso de Kosovo e julgamento do ex-presidente Slobodan Milosevic.

Inúmeros outros processos de deflagração de lutas internas, violações de direitos humanos já aconteceram sem ter havido o interesse de intervir.

De toda forma, não se pode deixar de anotar que às vezes as razões de quebra da ordem interna por intromissão deliberada do organismo estão associadas ao interesse da paz regional e internacional, não se podendo entender, nesse quadro de força, estar-se em face da desconsideração da soberania de um ente, e sim o objetivo de assegurar essa qualidade aos demais Estados.

E, particularizada a intromissão, não se pode deixar de anotar ser conduta excepcional, e não regra.

X - Conclusão

Da evolução das organizações sociais passadas ao Estado moderno com sua forma atual, decorre entendido que esse se fez estruturado por sistematização gradual e com base no direito.

Tem sua autoridade soberana reportando-se à Constituição, às leis ou costumes, conforme a construção do seu direito interno.

Por tal linha de textura, colhe-se por dinâmica irrefragável que o valor das normas se altera no tempo, respondendo às necessidades da ordem em que se vive e aos objetivos apreendidos como válidos e necessários, em processo evolutivo, sem se permitir ensimesmado, voltando-se aberto aos interesses gerais, públicos, que necessitem de regulação.

Com Tércio Sampaio Ferraz Jr. colhe-se:

“Isto é, com a positivação criou-se a possibilidade de uma manipulação de estruturas contraditórias, sem que a contradição afetasse a função normativa: hoje, por exemplo, a rescisão imotivada em um contrato de locação é permitida, amanhã passa a ser proibida, depois volta a ser permitida, sendo tudo permanentemente reconhecido como direito, não incomodando a esse reconhecimento a sua mutabilidade” (ob. cit., p. 179).

E, neste ponto, considerando sua ordem e primazia, esse mesmo ente estatal dotado do poder de legislar, no seu exercício, em uma direção ou outra, não se fere ou diminui-se pelas mudanças, interações ou parcerias que elege como necessárias para cumprir as expectativas do sujeito e objeto da sua vida interna, seu povo.

Partindo dessa constatação, tem-se que a intangibilidade desse seu poder soberano se realça ao contrário de se fazer diminuída.

Afinal, o que se considera relevante, na avaliação, não é o seu afastamento ou divisão de forças no contexto da matéria ou interesse trabalhado, mas sim os limites de sua concessão e os objetivos a alcançar por delegação de sua autoridade, sempre estando à frente e conferindo os resultados das transferências.

Assim, estando-se hoje em um mundo diminuído nas distâncias pelas realidades apropriadas pela tecnologia, representa mera expectativa ou interesse dos capitais financeiros desejar o afastamento do Estado do centro da vida e do controle de sua ordem interna onde estabelecido.

Não se pode descurar que essa leitura ou busca de inculcar linhas livres à ação do particular como necessárias para a fluência das riquezas traz imbricado o desejo egoístico de maior ganho, tornando mais expostos e indefesos os cidadãos, que sempre e mais serão trabalhados como objetos de um processo econômico e não destinatários e sujeitos das políticas públicas da ação do Estado.

Não se havendo forma de vida social sem ordem, regras, organização, soa sofismático imaginar que a ordem econômica internacional, minoritária e detentora das riquezas e das técnicas de produção nas várias escalas de valores, vá assumir formalmente compromissos de satisfação das necessidades dos povos.

Inimaginável isso, como até irá, não havendo freios normativos nas ordens erigidas internamente, trabalhar a concorrência de seu segmento com regras particulares, que nem na ética são escoradas.

Evidente que não representaria posição racional, ante essa pungente questão da evolução tecnológica, manter-se insensível e alheio às novas formas de comercialização de lazer, conhecimento, entretenimento, refluindo-se ao Estado a pecha de inibidor dessas conquistas, defendendo-o, mas impor que esses fatos econômicos sejam detectados e apropriados na circulação interna, inserindo-se como fenômenos sob controle, geradores de receitas e ao interesse dos nacionais também.

Esta é a defesa central em face da globalização, sem xenofobia, mas de combate ao liberalismo embalado nela, realidade que não pode levar ao afastamento do Estado de seu papel central e gestor da ordem política, jurídica e econômica de seu território.

E mais. Esta ordem ideológica buscada passar sob o prisma econômico, nos dias de hoje, apresenta um contraste real, que é a evolução do direito público.

Anota-se, em maior atestado da dinâmica em que envolvido o direito pós-moderno, estar-se deixando de valer hoje o que ontem representou dado regulado da esfera dos direitos individuais, por conta da conscientização do valor maior das necessidades coletivas, havendo uma redução ou mitigação dessa carga protetiva daqueles por cotejo e em nome do interesse público. A dizer, de todos.

Assim é que, no que se refere ao direito de propriedade, não se tem que o indivíduo possa dispor do que lhe pertence, utilizando-o sem observar as posturas urbanas, como trabalhar a terra, na agricultura ou indústria, sem atentar às normas de garantia impeditivas da afetação da água, atmosfera.

E nesta linha, dos direitos fundamentais de todos, não se vê outro ente legitimado que não o Estado à frente da regulação e fiscalização, único a poder impor o dever indenizatório pelas lesões à natureza e até penais, como no Brasil, alcançando os responsáveis pelos desvios causados ao meio ambiente, seja por impactos ou distorções de equilíbrio derivadas.

Com isso, há que se ter que, havendo evolução política e social nas relações internas e externas, com novos fenômenos sociais e econômicos emergindo, neste cenário não se pode retirar dessas efetividades a função desempenhada pelo Estado, simplesmente.

A sua condição de condutor deste processo e de agente ativo constitui elemento essencial na construção dessas novas formas de expressão político-social-econômica, a não se entender possível que esse se torne passivo e mero espectador.

Daí não corresponder à interpretação jurídica correta afirmar-se ser ele encontrado em processo de perda de sua qualidade de soberano, como se colhe nos tempos de hoje, em desvio semântico, tentando-se a sua deslegitimação com a sobreposição de normas supranacionais.

Também no plano interno, quando se vê preconizado ou tem-se a premonição de uma nova forma de papel do Estado, de compartilhamento do poder com entidades civis, quais as ONGs, que desempenhariam papéis prevalentes e regentes, visão do sociólogo Claus Offe (*Revista Veja*, 8 de abril de 1998, pp. 11/13).

Em conclusão e de tudo, colhe-se não se trabalharem essas realidades em cima de bases e verdades científicas, havendo uma estigmatização indevida, invertendo-se a ordem de importância dos agentes das relações pela prevalência dos fenômenos apreendidos.

Tal qual diagnosticado em texto da professora Cláudia Lima Marques, tratando da questão da crise da ciência do direito refletida na pesquisa, de ser necessária uma conscientização dos juristas para evitar o desvio, ante tendência da deslegitimação do direito, caminhar-se nas academias também para a ortodoxia econômica neoliberal e ou ortodoxia ideológica alternativa desdogmatizante (“A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa”, *Revista Cidadania e Justiça*, Ano 3, nº 6, 1º semestre/1999, p. 238).

XI - Bibliografia

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *Noções Ontológicas de Estado, Soberania, Federação, Fundação*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1960.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Teoria e Ciência Política*, 5ª ed., atualizada e ampliada, Celso Bastos Editor, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., Malheiros Editores.
- BOSON, Gérson de Britto Mello. “Conceituação Jurídica da Soberania do Estado”, *Revista de Direito Público*, ano V, jul/set., 1972, vol. 21.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Livraria Andina.
- CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Poder Constituinte - Funções e Limites*, Editora Oliveira Mendes, 1998.
- CESÁRIO, Ana Cleide Chiarotti. “Hobbes e Rousseau: o Problema da Soberania”, *Revista dos Tribunais*, ano 2, nº 6, jan/mar., 1994.
- CRETILLA JÚNIOR, J. *Comentários à Constituição de 1988*, 3ª ed., vol. I, arts. 1º a 5º, Forense Universitária, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*, 23ª ed., Editora Saraiva, 2002.

- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 13ª ed., Editora Atlas, 2001.
- FERRAZ, Sérgio. “Soberania Nacional e Direito Constitucional - Competências do Executivo e Legislativo em Negociações Internacionais”, *Revista de Direito Público*, nº 71, jul/set., 1984.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito - Técnica, Decisão, Dominação*, 2ª ed., Editora Atlas, 1994.
- FRANCESCHINI, José Inácio G. “Conflitos entre Tratados Internacionais e as Normas de Direito Interno que lhes Forem Posteriores”, *RT* 556, 1982.
- FRIEDE, Roy Reis. “Limites da Soberania Nacional no Cenário Internacional”, *Revista Forense*, vol. 322, abr/jun., 1989.
- LEWANDOWSKI, Enrique R. “Direito Comunitário e Soberania: Algumas Reflexões”, *Revista da Faculdade de Direito*, vol. 92, 1997.
- MARQUES, Cláudia Lima. “A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa”, *Revista Cidadania e Justiça*, ano 3, nº 6, 1º semestre/1999.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Princípios de Soberania e Autodeterminação dos Povos na Política Internacional”, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, Ed. Revista dos Tribunais, nº 4, jul/dez., 1999.
- PAUPÉRIO, Arthur Machado. *O Conceito Polêmico de Soberania*, 2ª ed., Forense, 1958.
- PIOVESAN, Flávia. “A Constituição de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”, *Revista dos Tribunais*, ano 6, nº 23, abr/jun., 1998.
- REALE, Miguel. *Teoria do Direito e do Estado*, São Paulo, 1940.
- REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público - Curso Elementar*, 8ª ed., Editora Saraiva, 2000.
- WALD, Arnoldo. “A Renegociação da Dívida Externa e o Respeito à Soberania Nacional”, *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 55, jul/set, 1984.

CONSTITUIÇÃO:

- *Constituição Federal de 1988*; Yussef Said Cahali, Rev. dos Tribunais, 4ª ed., 2002.

REVISTA:

- *Revista Época* - Entrevista de Noreena Hertz, edição nº 219, de 29 de julho de 2002.
- *Revista Veja* - Entrevista de Claus Offe, 8 de abril de 1998.

Do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais e suas implicações práticas*

Leonardo Martins

MESTRE E DOUTOR EM DIREITO CONSTITUCIONAL PELA HUMBOLDT-UNIVERSITÄT ZU BERLIN, PÓS-DOUTORADO PELO HANS-BREDOW-INSTITUT PARA A PESQUISA DA MÍDIA DA UNIV. DE HAMBURG, ALEMANHA. PROFESSOR DE DIREITO CONSTITUCIONAL E ADVOGADO EM S. PAULO. PROFESSOR VISITANTE DA HUMBOLDT-UNIVERSITÄT.

SUMÁRIO: I. Introdução - II. *Locus* dogmático do objeto de estudo: da medida da relevância dos direitos fundamentais em face das relações privadas - III. Vínculo do legislador - IV. Vínculo específico da administração pública e governo e seu controle jurisdicional - V. Vínculo específico do Judiciário - 1. Interpretação do direito infraconstitucional “à luz dos direitos fundamentais” - 2. A decisão *Lüth* do Tribunal Constitucional Federal alemão - 3. Decisão “antena parabólica” do TCF alemão - 4. Eficácia horizontal da autonomia privada junto à interpretação de contratos bancários - 5. Eficácia horizontal indireta na interpretação do novo Código Civil brasileiro - a) Função social do contrato e o “risco” da constitucionalização - b) “Boa-fé”, “probidade”, “usos” e “bons costumes” - c) Dano moral junto à violação de direitos da personalidade - VI. Conclusão: teses - VII. Bibliografia

I. Introdução

A doutrina constitucional brasileira tem, desde a promulgação da Constituição Federal ora vigente, avançado muito pouco no que tange à elaboração de uma dogmática dos direitos fundamentais. Estes são reduzidos não raro à categoria de meros “princípios gerais” integradores do ordenamento jurídico ou, ainda, considerados tão-somente

* O presente artigo é parte integrante de um projeto de pesquisa fomentado pela Fundação UNIBAN.

normas “programáticas”, tendo como tais muito pouca “força normativa”.¹

O papel dos direitos fundamentais enquanto regras jurídicas, que obrigam os seus destinatários, “órgãos estatais” como se verá, a fazer, deixar de fazer ou permitir algo, tem sido freqüentemente esquecido pela literatura especializada. A jurisprudência, por sua vez, sem o socorro da pesquisa jurídico-científica, tem pouco podido preencher essa lacuna.

O presente artigo pretende realizar uma contribuição no sentido de resolver um aspecto do problema, fechando parte da referida lacuna: trata-se do estudo do modo do vínculo dos juízes aos direitos fundamentais. Para tanto, há de se valer, com freqüência, do Direito Constitucional comparado, sobretudo, da dogmática alemã dos direitos fundamentais. Se, de um lado, o método hermenêutico-comparativo, quando alçado ao plano constitucional, é bastante profícuo, por outro, ele goza de legitimação constitucional positiva fundamentada no art. 5º, § 2º da CF.²

Para o alcance de seu propósito, a explanação dar-se-á em três fases, distribuídas por quatro tópicos. Em uma primeira (cf. abaixo, sob “II.”), há de se localizar, na dogmática geral dos direitos fundamentais, o objeto do estudo do presente artigo, qual seja, o vínculo dos órgãos do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Em seguida, começar-se-á a diferenciar o vínculo dos direitos fundamentais em razão de seus destinatários: primeiramente em face do legislador (sob “III.”) e depois em face dos órgãos de governo e da administração pública (IV.). Finalmente (sob “V.”), em uma terceira fase, chegar-se-á, então, à descrição dogmática específica do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Em sede de conclusão, oferecer-se-á uma síntese do presente trabalho apresentada por intermédio de teses.

¹ Sobre esse caráter dos direitos fundamentais de “princípios gerais do Direito”, cf. em geral, Rothenburg (1999), pp. 13 e segs. Ainda sobre a noção de “princípio geral”, cf. Ávila (1999), pp. 151/154 e segs. e *idem* (2004), pp. 26 e segs. Com um fundamento teórico bastante específico, Alexy (1996), pp. 78 e segs., compôs uma teoria e uma dogmática principiológica do Direito de inspiração anglo-saxã (Dworkin), que vai muito além desta idéia vaga de princípio. Cf. sua recepção no Brasil por Silva, Virgílio Afonso (2002), pp. 23, 24 e segs.; *idem* (2003), pp. 610 e segs. e a crítica em Martins (2004 c), sob “4.1” – “4.4”. Sobre a concepção e significado dos direitos fundamentais como normas programáticas, muito em voga na República de Weimar em face dos direitos fundamentais sociais, no Brasil, cf. Sarlet (2001). V. também *idem* (2004), pp. 121 e segs.

² Cf. a esse respeito: Piovesan (1999), p. 134, Trindade (1992), p. 317 e segs., Silva, J. A. (2000), pp. 165 e segs. e Tavares (2003), pp. 391/393 e a fundamentação em Martins (2004 b), no texto sob “4.1” e nota de rod. 124: A fórmula trazida do Direito Constitucional norte-americano vem sendo hoje, consciente ou inconscientemente, cada vez mais utilizada pelos internacionalistas e constitucionalistas brasileiros (combinada com o disposto no art. 4º II CF, “prevalência dos direitos humanos”) como fundamento constitucional positivo do método hermenêutico aqui utilizado.

II. *Locus* dogmático do objeto de estudo: da medida da relevância dos direitos fundamentais em face das relações privadas

Assunto central da dogmática dos direitos fundamentais, o estudo do vínculo dos órgãos dos três poderes aos direitos fundamentais propicia ao estudioso uma “visão” do funcionamento de tais direitos. Como a norma deve ser observada no caso concreto? Há diferenças do vínculo de cada “Poder” aos direitos fundamentais? Se há, quais seriam elas?

Toda constituição é, em primeiro lugar, uma constituição do Estado. Sendo assim, as normas lá contidas são, a princípio, normas exclusivamente de Direito Público e, como tais, disciplinam as duas relações jurídicas de Direito Público por excelência, quais sejam, a relação do indivíduo para com o Estado e dos órgãos estatais entre si. Terceiros particulares só são vinculados às normas de Direito Constitucional diretamente, quando a constituição o determina expressamente (cf., por exemplo, o art. 7º da CF). Nada obstante, as constituições modernas, assim como a constituição brasileira de 1988, são um exemplo eloqüente de ingerência maior na esfera social através da regulação direta do comportamento de particulares por suas normas. Desta forma, tais constituições extrapolam sua função clássica de ser o estatuto jurídico fundamental do Estado para alcançar e disciplinar também relações privadas consideradas de grande interesse público, tendo em vista sobretudo a consecução de um macro-compromisso social a ensejar a criação das condições e pressupostos de um Estado Social Democrático de Direito.³

O estudo exaustivo dos mencionados pressupostos do Estado Social não será perpetrado no presente ensaio.⁴ Ao contrário, este limitar-se-á à força normativa dos direitos fundamentais clássicos, também chamados de liberdades públicas pela tradição doutrinária brasileira, aqueles direitos

³ A CF de 1988 representa de fato a tentativa desse compromisso macro-social, o que é legítimo. O problema foi que boa parte do compromisso não recebeu uma conformação jurídico-constitucional adequada, dificultando a criação de um sistema constitucional e, sobretudo, sua interpretação pelos operadores do Direito. Experiência histórica semelhante ocorreu na Alemanha com a Constituição da República de Weimar de 1919: Como resultado dos grandes embates ideológicos da época, a primeira constituição republicana alemã foi, ao lado da outorga de direitos fundamentais clássicos, bastante prolixa na outorga de muitos direitos sociais considerados pela jurisprudência como meras “normas programáticas” sem força vinculante. Sobre o assunto, por muitos, em geral, cf. Hesse (1959).

⁴ A respeito, v. as obras de Sarlet referidas em *idem* (2003), pp. 88 e segs.

que, na clássica lição de Georg Jellinek,⁵ fundamentariam um *status negativus* da liberdade individual em face do Estado, ou seja, de uma *liberdade negativa* (liberdade em face de; ou liberdade contra atividade coercitiva de outrem), que corresponde a uma obrigação de não fazer (omissão) por parte do Estado e ao indivíduo a pretensão jurídica de resistir à ação estatal (*Abwehrrecht*).

Embora os direitos fundamentais sociais sejam relevantes em constelações bastante específicas, a dogmática do vínculo do Judiciário nasceu a partir da interpretação de normas infraconstitucionais cuja aplicação pressupunha a observância do que a doutrina brasileira, recepcionando o conceito alemão da *mittelbare Drittwirkung*, chama de eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais.⁶ Essa eficácia, que pressupõe uma relação jurídica triangular: “indivíduo-Estado-indivíduo”, só pôde ser desenvolvida até hoje junto aos direitos fundamentais clássicos como as liberdades de expressão, de acesso à informação, profissional, de propriedade, consciência e crença, de direitos da personalidade etc.⁷ Isso ocorre porque a *Drittwirkung* se baseia na obrigação de omissão do Estado, nada obstante a retórica da decisão chamada *Lüth* do TCF alemão,⁸ onde fora desenvolvida jurisprudencialmente pela primeira vez, apontar, como salientado,⁹ em outra direção.

Os direitos fundamentais sociais pressupõem, ao contrário dos direitos fundamentais chamados “clássicos”, o *status positivus* da lição Jellinekiana e, como tal, uma relação jurídica bipolar entre Estado e indivíduo, em que o Estado é obrigado a prestar algo. Neste caso, quem está obrigado a realizar a prestação são os órgãos do Legislativo e da administração pública. O vínculo do Judiciário não tem o caráter específico que ele tem no caso dos direitos fundamentais clássicos, em que por interpretação do direito infraconstitucional, pode, em tese, ferir direito fundamental ao

⁵ Jellinek (1919), pp. 87, 94 e segs.

⁶ Sobre o assunto, v., em geral: Bonavides (2003), pp. 392 e segs. e Mendes (1999), pp. 221 e segs. Outra tradução existente (de Peter Naumann) é “eficácia externa”, também procedente na medida em que denota que a eficácia das normas constitucionais extrapola os limites do Direito Constitucional, alcançando o Direito Privado. Cf., neste sentido, Canaris (2004), p. 223/240 e segs.

⁷ Embora, como abaixo se verá, a retórica da decisão *Lüth* (v. nota seguinte) fale de sistema axiológico “objetivo”, a eficácia horizontal pode e, dogmaticamente falando, deve ser “re-subjetivada”: A obrigação do juiz de interpretar o Direito Privado à luz dos direitos fundamentais tem por consequência jurídica uma pretensão jurídica individual, qual seja, a pretensão do indivíduo à vedação do Judiciário interpretar o Direito Privado sem considerar a relevância da aplicação normativa para o exercício das liberdades públicas. Sobre a tese da “re-subjetivação”, cf.: Dreier (1993), pp. 41 e segs., Lübbe-Wolff (1988), p. 282 e Pieroth e Schlink (2000), pp. 20 e segs., 25 e segs.

⁸ *BVerfGE* 7, 198. Cf. abaixo, sob “V.2.”.

⁹ V. acima, nota 7.

ignorar sua “eficácia horizontal”, ainda que a norma abstratamente considerada não seja inconstitucional.¹⁰

A Constituição Social,¹¹ ou seja, aquela que apresenta um programa de política econômica, limitando positivamente o legislador e, com isso, obrigando-o a legislar em um determinado sentido não será, portanto, objeto do presente estudo. No mais, a despeito de a Constituição Federal de 1988 pretender ser uma Constituição da Sociedade, e não somente do Estado,¹² a explanação limitar-se-á ao estudo do vínculo dos órgãos estatais, mesmo porque o vínculo de terceiros, quando não diretamente expresso pelo texto constitucional, somente virá à tona pela dogmática do vínculo do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, conforme há de se demonstrar, por meio do estudo de sua obrigação de interpretar os direitos fundamentais de acordo ou à luz dos direitos fundamentais (*Ausstrahlungswirkung*).¹³

Apesar do argumento segundo o qual a Constituição Federal de 1988 seria também uma “constituição da sociedade brasileira”, e não somente do Estado brasileiro, o vínculo imediato dos particulares aos direitos fundamentais não pode ser fundamentado até por questões lógico-formais ligadas a qualquer ordenamento jurídico. Caso contrário, boa parte — senão todo o Direito Privado — teria sua autonomia gravemente comprometida em face dos direitos fundamentais, os quais abrangem praticamente todos os aspectos da personalidade humana.¹⁴

Tome-se como exemplo a liberdade de expressão do pensamento do art. 5º, IV da CF. Qual seria a consequência se se partisse da tese segundo a qual

¹⁰ Sobre essa relação bipolar e seu significado junto à interpretação dos direitos fundamentais, cf. Martens (1972), pp. 7 e segs.

¹¹ Sobre o conceito correlacionado à idéia de um Acordo de Classes (“*Klassenkompromiss*”) na Rep. de Weimar, cf. Anschütz (1923), pp. 26 e segs.

¹² Sobre essa dicotomia, cf. sobretudo Canotilho (2001), p. 152.

¹³ O *Ausstrahlungswirkung* (efeito de “irradiação”) não tem fundamento constitucional expresso nem na *Grundgesetz* alemã nem na CF brasileira, porém tem sido considerado como derivação lógica do princípio da supremacia da Constituição e seu caráter de constituição dirigente. Cf., por exemplo, Sarmento (2004), pp. 277 e segs. com menção à obra de Canotilho, *op. cit.* na nota anterior.

¹⁴ Esta sempre representou a principal objeção à tese da chamada eficácia horizontal imediata, superada, já na década de 1950, pela tese da eficácia horizontal mediata (por intermédio da interpretação e aplicação de conceitos abertos ou cláusulas gerais do Direito privado). Cf. Dürig (1956), pp. 117 e segs. Até hoje este tem sido um dos principais argumentos utilizados pelos céticos do fenômeno da constitucionalização do ordenamento jurídico. Cf. a respeito: Schuppert e Bumke (2000), pp. 72 e segs. Uma apresentação abrangente e detalhada, na literatura brasileira, sobre o modo da eficácia horizontal (diferenciação da eficácia horizontal “direta” X “indireta” — pela via das cláusulas ou regras gerais que contêm conceitos abertos) foi há pouco oferecida por Sarmento (2004). Vide também as apresentações dessa dicotomia em Canotilho (2003), p. 339 ss. e principalmente Neuner (2003), p. 245 e segs.

os direitos fundamentais vinculariam particulares e Estado da mesma forma? Entre outras, cite-se a impossibilidade de se cumprir contratos publicitários. É óbvio que o contratante em uma campanha publicitária de cervejas, por exemplo, nada está interessado na verdadeira opinião do contratado, e o que aqui mais interessa: a conduta de respeito à livre expressão do pensamento do contratado não é devida como o é por todos os órgãos estatais. Pense-se na liberdade de associação ou de consciência e de crença: Não seria constitucional, por exemplo, que um “pai de santo” não admitisse o ex-“pastor evangélico” em sua comunidade religiosa, ou que uma associação de proteção ambiental não admitisse em seus quadros um ex-empresário do setor madeireiro? Tais condutas nunca poderão ser questionadas com base nas diversas medidas do controle de constitucionalidade derivadas dos diversos direitos fundamentais. A observância é devida, portanto, somente pelo Estado, incluindo o Estado-juiz. Os direitos fundamentais são, nesse sentido, “*regras reflexivas da liberdade juridicamente ordenada*”.¹⁵ Elas são “reflexivas” porque a pessoa do remetente normativo é a mesma do destinatário. “Destinatário” normativo é a pessoa de Direito Público ou privado a quem a ordem imperativa, a obrigação constante na norma se destina. Não há que se confundir destinatário com os beneficiários, no caso, os titulares dos direitos fundamentais. Relevante para o controle de constitucionalidade em face dos direitos fundamentais (podendo constituir-se em objeto do exame) é, assim, somente o que o Estado-legislador fixa como regra geral e abstrata, o que e como o Estado-governo/administração fixa como regra geral e abstrata e as executa em prol da Administração deste mesmo Estado e da realização de políticas públicas e como o Estado-juiz decide as lides.

Acresça-se a esse dado lógico-formal a interpretação gramatical e sistemática do art. 5º, *caput* da CF. Esse dispositivo constitucional “garante” a “inviolabilidade” de certos direitos individuais e coletivos. Trata-se de um teor, que designa um órgão estatal por excelência como destinatário da norma. Tanto o verbo garantir, quanto o objeto “inviolabilidade” de direitos, ainda que peremptoriamente não excluam o vínculo imediato de particulares aos direitos fundamentais, criam uma obrigação do Estado de garantir a inviolabilidade, que ele cumpre pelo exercício das funções estatais básicas:

¹⁵ O conceito é depreendido da obra de Poscher (2002), pp. 315 e segs., e reflete bem a natureza jurídica de tais normas, pois elas dão parâmetro ao Estado-legislador, que, de modo imediato, procura harmonizar interesses e bens jurídicos colidentes no plano social. Destarte, os direitos fundamentais são regras sobre regras de conflitos, não se confundindo com estas últimas.

legislação, governo/administração e jurisdição. Não faz sentido dogmático dizer que o particular está obrigado a garantir a inviolabilidade dos direitos interindividuais: o particular só está obrigado a “respeitar” o direito de outrem pelas leis infraconstitucionais, as quais estabelecem, como no caso da lei civil, em sua maioria, obrigações sinalagmáticas por meio de restrições até certo ponto dispositivas ou defendem o interesse público com dispositivos cogentes ou, no caso da lei penal, tipificam certas condutas como crime ou contravenção. Destarte, garantir a inviolabilidade de direitos significa garantir que esse Estado regulamentador ou tipificador de condutas nocivas a bens jurídicos muito relevantes, a princípio, não poderá dispor de certas esferas¹⁶ da liberdade individual ou coletiva, exceto se tal disposição for permitida por um limite constitucional¹⁷ à garantia tutelada.

Também o sistema no qual está inserido o art. 5º, *caput*, da CF e sua lógica sistemática interna (interpretação combinada com o art. 5º, § 1º, da CF) revela que, no título chamado “Direitos e Garantias Fundamentais”, estão firmadas obrigações endereçadas diretamente somente aos órgãos estatais. A aplicabilidade imediata prescrita pelo art. 5º, § 1º, da CF, não somente torna a eficácia dos direitos independente do legislador regulamentador,¹⁸ como também reforça a tese do vínculo exclusivamente estatal dos direitos fundamentais, pois a aplicabilidade em geral, quer seja imediata, quer mediata (leia-se mediante lei regulamentadora), é característica própria de quem “aplica” o Direito, em termos técnicos: somente órgãos estatais, sobretudo da administração direta ou indireta/governo e jurisdicionais

¹⁶ Tais esferas da liberdade individual correspondem a determinadas áreas da vida social dentro das quais o “programa normativo” (conceito importado da obra jusmetodológica de Friedrich Müller) contido no dispositivo constitucional seleciona alguns comportamentos que não poderão ser previamente obstados ou posteriormente sancionados pelo Estado. Cf. Martins (2003), pp. 24 e segs.

¹⁷ Cf. Martins (2003), pp. 27 e segs.

¹⁸ Relativizando esta regra do art. 5º § 1º CF, temos Bastos (2004), pp. 421 e segs. para quem a aplicação imediata se daria na medida do “tanto quanto possível”. Citando o caso de dispositivos que contêm ressalvas (exclusão de condutas tuteladas) e reservas legais (submissão do exercício aos limites a serem impostos pelo legislador), Bastos mistura o problema da eficácia imediata em face dos órgãos do Judiciário e administração pública com os problemas das reservas legais e de direitos fundamentais de cunho normativo (*normgeprägte Grundrechte*), como a propriedade. Se, de um lado, da liberdade profissional poderá se valer o titular daquele direito fundamental nos limites estabelecidos pela lei e, de outro, o exercício do direito de propriedade somente poderá ser exercido “graças” ao ordenamento jurídico privatístico (direito das coisas), a cláusula da aplicabilidade imediata significa tão-somente o vínculo imediato do Judiciário e Executivo, em nada modificando o sistema normativo das reservas legais e dos direitos fundamentais de cunho normativo. Razão assiste à preleção de Bastos, no entanto, quando ele enfatiza a vontade do constituinte de evitar a desclassificação das normas do art. 5º como meras normas programáticas de baixa densidade normativa. As reservas legais e direitos fundamentais de cunho normativo (e não comportamental como a maioria dos direitos fundamentais clássicos), todavia, nada têm em comum com a desfiguração ocorrida, como salientado na nota seguinte, na realidade jurisdicional da 1ª república alemã.

(ou, ainda, por particulares no exercício de poder estatal delegado).

Isso posto, a relevância dos direitos fundamentais para as relações privadas não é imediata como o é para o comportamento dos órgãos estatais. A esse reconhecimento adequa-se perfeitamente a defesa processual constitucional de direitos fundamentais: todos os instrumentos processuais constitucionais, sejam eles do controle abstrato, sejam eles do controle concreto, incluindo aqui o recursal extraordinário, incidental ou os remédios constitucionais, só podem ter por objeto ato potencialmente inconstitucional do Estado (legislador ou aplicador da norma jurídica). Mas o comportamento particular não é, como se verá, absolutamente irrelevante em face dos direitos fundamentais. O problema do presente ensaio é justamente estabelecer a medida da relevância e suas implicações na práxis jurídica.

III. Vínculo do legislador

A Constituição brasileira não define expressamente, em nenhum dispositivo, o sujeito do vínculo aos direitos fundamentais. O art. 5º, § 1º, da CF, entretanto, estabelece a regra geral da aplicabilidade imediata. Assim, em primeiro lugar, os Poderes Judiciário e Executivo (governo e administração pública) estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais, não precisando esperar sequer a regulamentação de tais direitos (aplicabilidade imediata). O vínculo do legislador aos direitos fundamentais pareceu, frente ao próprio conceito de constitucionalidade, tão óbvio ao constituinte que ele não o declarou expressamente.

Com efeito, a idéia de que o legislador ordinário possa estipular norma jurídica que se contraponha à norma hierarquicamente superior, ou melhor, suprema dentro do Estado, soa primeiramente obtusa.

Trata-se, entretanto, de uma impressão altamente enganosa. A aferição do respeito do legislador aos direitos fundamentais não é tarefa tão simples assim. Não se pode pensar que basta a contraposição de dois textos normativos de naturezas tão diversas quanto o são as normas constitucionais e as infraconstitucionais para se verificar a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional.

Em face do caráter bastante genérico e abstrato de certas normas de Direito fundamental, principalmente das liberdades clássicas, pode-se dizer

que esta primeira impressão é fruto de uma ingenuidade dogmática.

Os alemães perceberam a gravidade do problema principalmente depois da primeira experiência constitucional republicana vivida sob a Constituição de Weimar de 1919: o legislador ordinário não raro derogava, até então, os direitos fundamentais a pretexto de harmonizá-los com interesses sociais, coletivos e de *raison* estatal.¹⁹ Tal problema foi afastado com a promulgação da constituição alemã (*Grundgesetz*) até hoje vigente, em seu artigo 1º, III, que determinou expressamente que os direitos fundamentais lá elencados vinculam os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como “*direito diretamente vigente*” (aplicabilidade imediata).²⁰

A CF não o fez, como dito, expressamente. No entanto, a previsão do controle abstrato de normas por meio das ações constitucionais, sobretudo da ADI prevista no artigo 102, I, da CF, combinada com o art. 5º, § 1º, da CF, oferece um fundamento constitucional seguro para a afirmação do vínculo imediato do legislador aos direitos fundamentais.

Mas a dúvida persiste: o que significa esse vínculo específico do legislador, vez que já se despediu acima da visão ingênua da contraposição direta de dois textos normativos? Schlink²¹ definiu esse vínculo, a partir de uma interpretação histórica dos direitos fundamentais, como sendo o salto conceitual dos direitos fundamentais enquanto “reservas de lei” (conceito vigente no século XIX e ainda sob a Constituição da República de Weimar) para “reservas de lei proporcional” (conceito vigente sob a égide da Constituição alemã ora em vigor). Direitos fundamentais enquanto meras “reservas de lei”, significam a garantia contra intervenções ilegais da administração e do Judiciário. A liberdade estaria garantida graças à atividade legiferante

¹⁹ A eficácia dos direitos fundamentais foi, na Alemanha, até 1919, bastante reduzida. Primeiro, porque (sobretudo até 1871) eles eram garantidos tão-somente no plano infraconstitucional, na melhor das hipóteses, nas constituições dos diversos Estados germânicos ainda não unificados. Assim, o direito infraconstitucional que contra eles se chocava não era nulo. A eles deveria ser adaptada a ordem jurídica e, somente por meio dessa, os direitos fundamentais poderiam ser juridicamente realizados. Assim, eles eram entendidos como “reserva de lei”, na medida em que ofereciam resistência contra intervenções dos monarcas e suas Administrações, mas não contra o legislador. Cf. Wahl (1979), pp. 321 e segs. Ainda sob a égide da Constituição da Rep. de Weimar (1919-1932), a eficácia jurídica, o próprio vínculo dos órgãos estatais e seus efeitos eram bastante polêmicos. Havia uma disputa entre aqueles que propugnavam pela plena eficácia e aqueles que, principalmente em face dos direitos fundamentais sociais, reconheciam neles apenas o caráter de normas programáticas. Cf. Thoma (1929), p. 5. Cf. recentemente Höfling (2003), p. 106, que fala em “questão de princípio” da época da Rep. de Weimar.

²⁰ Partindo da experiência traumática do domínio absoluto do arbítrio totalitário do governo nacional-socialista (1933-45), o constituinte da *Grundgesetz* (1949) teve como objetivo neste dispositivo fortalecer a normatividade dos direitos fundamentais. Cf. a respeito, com amplas ref. bibli.: Höfling (2003), p. 106.

²¹ Cf. Schlink (1984), pp. 459 e segs.

infraconstitucional.²² Ao legislador ordinário caberia, exclusivamente, estipular os moldes e limites das liberdades tuteladas. Tais garantias restavam, portanto, inócuas em face desse legislador que detinha o poder de livre disposição sobre elas.²³

Direitos fundamentais enquanto “reservas de lei proporcional” significam que o produto legislativo, que *a priori* tem a função constitucional de disciplinar o exercício dos direitos, deverá ser controlado no que tange ao seu conteúdo normativo. A lei passa a ser considerada intervenção estatal (*Ein-griff*) no exercício dos direitos e não mera “conformação” do Direito (*Ausgestaltung*).²⁴ Tal intervenção pode restar ou não legitimada ou justificada constitucionalmente. Em suma, a justificação dependerá de sua proporcionalidade.²⁵

IV. Vínculo específico da administração pública e governo e seu controle jurisdicional

Os órgãos da administração pública e do governo (Executivo) têm, além do vínculo formal aos direitos fundamentais (observação dos limites da competência para estatuir decretos, portarias, regulamentos e demais atos legais materiais), um vínculo material específico que significa o exame da concretização do chamado poder discricionário da administração pública.

A administração pública tem uma margem de ação e avaliação junto a casos concretos, necessária ao cumprimento de suas tarefas.²⁶ O uso dessa margem de ação equivale ao poder dito discricionário, que, no entanto, está submetido a amplo controle jurisdicional de legalidade e constitucionalidade.²⁷ O poder discricionário pode ser aberto pelos conceitos abertos ou

²² No caso da Alemanha do Século XIX, descontando-se o rol da Constituição da revolução frustrada de 1848, não existiu um rol positivado de direitos fundamentais, pelo menos não no plano da Confederação dos Estados Germânicos, que, antes de 1871, enquanto tal sequer existia. A primeira constituição do então “2º Império Alemão”, a de Bismarck — 1871, por exemplo, não continha um rol. Assim, direitos fundamentais eram assegurados somente no plano infraconstitucional.

²³ Cf. nota anterior e Pieroth e Schlink (2000), pp. 8 e segs.

²⁴ A diferença entre conformação e intervenção foi dogmaticamente muito bem trabalhada por Bumke (1998), pp. 180 e segs.

²⁵ Cf. Martins (2003), pp. 27 e segs.

²⁶ Cf. Meirelles (2004), pp. 116/118 e Mello (2004), pp. 394 e segs., salientando a discricionariedade também quanto ao fim perseguido, pois a qualificação do interesse público comporta certa margem de ação (cf. *ibid.*, p. 395) e Forsthoef (1973), pp. 84 e segs.

²⁷ Cf. a boa análise e relativização da estrita contraposição dos conceitos de “poder discricionário” e “poder vinculado” de Medauer (2001), pp. 125/135; Mello (2004), pp. 401 e 860 e segs. e Di Pietro (2004), pp. 210/212.

indeterminados, também chamados de cláusulas gerais, os quais desempenham, neste contexto da aplicação de regras do Direito Administrativo, uma função semelhante àquela enfrentada pelo juiz junto à interpretação do Direito Privado.²⁸ Tanto neste como naquele caso a ser estudado no tópico abaixo, temos uma constelação triangular ou tripolar.²⁹

Se o problema do controle do exercício da discricionariedade administrativa é o problema mais óbvio do vínculo da administração aos direitos fundamentais, ele não representa absolutamente o mais complexo. Com efeito, do controle de legalidade pode depender o controle de constitucionalidade se um dispositivo constitucional for potencialmente violado (exemplo: reserva legal concretizada por ato regulamentar administrativo de forma desproporcional). Mera ilegalidade pode ofender o art. 37, *caput*, da CF e, ser, por isso, também eivada do vício de inconstitucionalidade.³⁰ Sua aferição está, entretanto, cercada de problemas e equívocos constitucionais processuais.

Por exemplo, a idéia da não-relevância de ofensas constitucionais “reflexas” ou indiretas, tal qual propalada pela jurisprudência do STF, é desarrazoada do ponto de vista dogmático. Segundo tal jurisprudência, a administração (assim como os órgãos do Poder Judiciário), por seus atos (administrativos e regulamentares), somente feriria a constituição se se pudesse aferir uma ofensa direta que não estaria presente se uma norma infraconstitucional, na qual se baseasse o ato atacado e objeto do exame de constitucionalidade, tivesse que ser interpretada. Uma dogmática consistente deve, entretanto, prescindir totalmente dessa diferenciação, mesmo porque a administração, excetuando-se o exercício arbitrário e/ou abusivo do poder de polícia, dificilmente ferirá diretamente dispositivo constitucional. Na maior parte,

²⁸ Com muita precisão, anota Di Pietro (2004), pp. 210 e segs., em sua preleção sobre o controle jurisdicional do exercício do poder discricionário da administração, uma tendência no sentido de se limitar ainda mais a discricionariedade da Administração quando suas decisões se embasarem em “conceito legais indeterminados”. *In verbis* (op. cit., p. 211): “Começa a surgir, no Direito brasileiro, forte tendência no sentido de limitar-se ainda mais a discricionariedade administrativa, de modo a ampliar-se o controle judicial. Essa tendência verifica-se com relação às noções imprecisas que o legislador usa com frequência para designar o motivo e a finalidade do ato (interesse público, conveniência administrativa, moralidade, ordem pública etc.). Trata-se daquilo que os doutrinadores alemães chamam de ‘conceitos legais indeterminados’ (cf. Martin Bullinger, 1987)”. *Mutatis mutandis* é, conforme se verá no tópico seguinte, o mesmo que ocorre junto à limitação do “poder” do juiz (sua autonomia junto à interpretação do Direito Infraconstitucional). Quanto maior a indeterminação da norma infraconstitucional aplicanda, maior a eficácia das medidas ou parâmetros especificamente constitucionais e, por conseguinte, menor a “discricionariedade” do juiz.

²⁹ A respeito das relações tripolares em Direito Administrativo, cf. Poscher (2002), pp. 290 e segs.

³⁰ Este assunto ainda não foi devidamente investigado pela doutrina brasileira. Nos limites da presente exposição, basta sua menção, vez que seu tratamento científico justifica uma abordagem específica.

das vezes, a administração fere dispositivo constitucional ao concretizar dispositivo infraconstitucional.³¹

Da problemática da ofensa reflexa há de se distinguir a questão processual da subsidiaridade da tutela constitucional e, também, a questão de ofensa meramente legal:

Apesar da ausência de expressa prescrição constitucional, o recurso extraordinário tem como pressuposto processual o prequestionamento. Como se sabe, o prequestionamento, um pré-requisito da admissibilidade do recurso extraordinário de fulcro ainda sumular, traduz-se pela obrigatoriedade do *judex a quo* de enfrentar a questão de constitucionalidade e decidí-la. A legitimidade material do instituto processual é patente: ela liga-se ao princípio da subsidiaridade da tutela constitucional tendo em vista a prevenção de sobrecarga do STF, órgão exclusivamente competente para o julgamento do RE. Além disso, o objeto direto de exame de constitucionalidade no RE é a decisão do *judex a quo* e não norma em tese inconstitucional. Daí a necessidade dele manifestar-se sobre a questão constitucional. Por outro lado, poder-se-ia considerar eventuais omissões a despeito de provocação da parte interessada como objeto do exame na espécie. Embora se trate de um pré-requisito “objetivo” consubstanciado em obrigação direcionada aos órgãos jurisdicionais de segunda e eventualmente terceira instância, omissões do tribunal *a quo* têm sido repetidas vezes interpretadas em prejuízo da parte interessada que se vê obrigada a interpor por vezes sucessivos embargos de declaração contra decisão omissa. Sem poder aprofundar-se no assunto, pode-se afirmar a incoerência com aquela — pela doutrina brasileira por vezes tão prolatada — natureza objetiva do controle de constitucionalidade (mesmo aquele que é ensejado no controle concreto) e com alguns princípios processuais de lastro constitucional (art. 5º, XXXV, da CF), como *Jura novit curia e da mihi factum dabo tibi Jus*.

A ofensa meramente ilegal, ou seja, a ilegalidade *stricto sensu* cometida pela Administração não enseja controle de constitucionalidade, exceto se o art. 37, *caput*, da CF restar no caso violado.³² A questão diz respeito ao problema do Direito Constitucional específico e da constitucionalização do ordenamento jurídico, problemas bastante complexos que não podem ser

³¹ Justamente quando extrapola os limites de seu poder discricionário. Cf., entre muitos, Mello, *op. cit.*, p. 401.

³² Cf. as hipóteses na n. rod. nº 30.

mais bem delineados nos limites da presente exposição.³³ Na prática, porém, tendo em vista o sistema misto de controle de constitucionalidade brasileiro, o problema fica prejudicado, pois o STF tem, ao contrário do TCF alemão,³⁴ uma competência super-revisional bastante abrangente, ou seja, aqui o problema do estabelecimento da fronteira entre a competência em razão da matéria do STF e dos demais tribunais superiores e/ou regionais federais e/ou de justiça não se revela como no sistema de controle concentrado de cunho alemão.³⁵

V. Vínculo específico do Judiciário

1. Interpretação do Direito Infraconstitucional “à luz dos direitos fundamentais”

Como visto, também os órgãos do Poder Judiciário estão diretamente vinculados aos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF: “aplicação imediata”). Eles, portanto, não somente controlam o respeito aos dispositivos constitucionais pelos órgãos da administração ou mesmo a constitucionalidade

³³ Sobre o assunto: Schuppert e Bumke (2000), pp. 36 e segs.; Mendes (2004), pp. 14 e segs. e uma apresentação do problema bastante sucinta em Martins (2004a), p. 220.

³⁴ Lá o problema da definição do *spezifisches Verfassungsrecht* e do modo correto de se lidar com a *mittelbare Verfassungswidrigkeit* (inconstitucionalidade mediata) foi basicamente ensejado pelo *Elfes-Urteil* (BVerfGE 6, 32/36 ss., 41). Segundo essa decisão, uma norma jurídica que cerceie a liberdade geral de ação (*allgemeine Handlungsfreiheit*) tutelada pelo art. 2, I, Grundgesetz, estará violando-a se ela não puder ser considerada como parte do ordenamento jurídico constitucional (*verfassungsmässige Ordnung*), que abrange, segundo a dogmática alemã, toda norma que, formal e materialmente, não se choque contra dispositivos constitucionais, ou seja, nenhuma norma inconstitucional pode cercear a liberdade geral de ação, entendida como tal a garantia da liberdade “não tipificada” nos dispositivos específicos que se seguem ao art. 2, I, Grundgesetz. Todavia, o TCF não incluiu, na vedação, o ato administrativo meramente ilegal. Esse deveria ter, segundo a tese do *spezifisches Verfassungsgericht*, sua eficácia suspensa pelos órgãos da jurisdição administrativa. Destarte, eventual erro de aplicação da legislação infraconstitucional que não tangencie nenhuma área de proteção de direito fundamental não será objeto do exame de constitucionalidade: “A reclamação constitucional (Verfassungsbeschwerde) contra uma norma pode se basear no seu choque contra direito infraconstitucional se e quando o direito fundamental for atingido em seu substrato fático; a reclamação constitucional contra decisões judiciais (e, quando vier ao caso, também contra atos administrativos), por sua vez, só pode se basear na ausência de base legal (Rechtslosigkeit) ou em sua inconstitucionalidade específica”. Cf. Pestalozza (1991), p. 177. Vê-se que a noção de *mittelbare Verfassungswidrigkeit*, na doutrina alemã, tem um significado bem mais restrito do que a fórmula totalmente aberta da irrelevância de ofensas reflexas para o exame de constitucionalidade de decisões judiciais, e até de leis materiais, na jurisprudência do STF. Ela também é coerente com o sistema concentrado do controle alemão. O maior problema, no entanto, reside na má compreensão pelo STF dos substratos fáticos (áreas de proteção) das normas de direito fundamental e da natureza do vínculo de cada órgão estatal às normas constitucionais. Muitas ofensas consideradas pelo STF como indiretas ou reflexas são na verdade ofensas diretas, o que falta é uma dogmática das áreas de proteção dos direitos para se definir a relevância do ato administrativo e das leis materiais de autoria de órgãos de governo e Administração em face dos direitos fundamentais e verificação da possível violação.

³⁵ Cf. Mendes (2004) e Martins (2004 a), pp. 223 e segs.

abstrata da lei formal, podendo negar-lhe a aplicabilidade com base em suposta inconstitucionalidade, como também tem sua atividade específica de interpretação e aplicação do “Direito Infraconstitucional Constitucional”³⁶ como objeto do controle por instância superior, em última instância, pelo STF em sede do julgamento do RE.

A seguinte reflexão ajuda a precisar o momento deste vínculo específico:

Restringir-se-ia um tal vínculo à proibição, endereçada a certos órgãos (juízes, turmas, câmaras e tribunais), de aplicarem norma inconstitucional? Uma resposta afirmativa a essa pergunta excluiria da apreciação do controle de constitucionalidade uma atividade estatal relevante para o exercício de quaisquer liberdades e, portanto, com um potencial ofensivo muito grande: a interpretação vinculante do Direito Infraconstitucional.

Por isso, deduz-se³⁷ do vínculo formal e material do Judiciário aos direitos fundamentais (e aqui se trata também de uma teoria e dogmática desenvolvidas pelo Direito Constitucional alemão, sobretudo pela já supracitada decisão *Lüth*,³⁸ de que os órgãos jurisdicionais podem violar direitos fundamentais por sua atividade específica, qual seja, a interpretação e aplicação de normas jurídicas, independentemente da constitucionalidade abstrata dessas. A idéia é que o órgão jurisdicional, ao realizar a subsunção de norma infraconstitucional, pode violar, durante o processo de interpretação, dispositivos constitucionais.

A violação por órgão jurisdicional ocorre principalmente quando da aplicação de regras ou cláusulas gerais, principalmente aquelas imbuídas de conceitos abertos ou indeterminados a casos concretos que tangenciem áreas da liberdade tuteladas por direitos fundamentais.

Trata-se da aplicação da regra da “*interpretação conforme os direitos*

³⁶ O conceito “Direito Infraconstitucional Constitucional”, ora cunhado, significa o Direito Infraconstitucional cuja constitucionalidade abstrata está presente no caso decidendo. A violação pode, em tese, somente ocorrer junto à interpretação e aplicação de tal regra. Cf. a relativização do problema da eficácia horizontal como *Drittwirkung* por Schwabe (1971), pp. 105, 141 e segs.; *Idem* (1977), pp. 213 e segs.: Pelo fato de o juiz agir sempre com poder de império estatal e não fazer sentido, para efeitos da qualidade jurídica de seus atos, a distinção rígida entre a aplicação de Direito Público e Direito Privado, suas decisões terão sempre que ser medidas em face dos direitos fundamentais. Sua teoria foi alcunhada de teoria triangular (*Dreiecktheorie*) porque a relação jurídica de direito fundamental entre dois indivíduos somente se completaria, como ocorre com qualquer lide, quando trazida à apreciação do Judiciário. Como os direitos fundamentais têm supremacia sobre o Direito Infraconstitucional, conteúdo e forma da decisão são atividades vinculadas aos direitos fundamentais. Cf. também: Schlink (1976), pp. 215 e segs., *idem* (1984), pp. 464 e segs. e Martins (2001), p. 40, 44 e segs.

³⁷ Cf. com maiores ref. bibliográficas: Höfling (2003), pp. 113 e segs.

³⁸ *BVerfGE* 7, 198, 204 ss.

fundamentais” ou “*interpretação orientada pelos direitos fundamentais*”³⁹ como elemento ou espécie do gênero da “*interpretação conforme a constituição*”, que foram desenvolvidas também pelo Direito Constitucional alemão, mas que vêm sendo (sobretudo a “*interpretação conforme a constituição*”) recepcionadas pela doutrina pátria e amplamente acolhidas pela jurisprudência do STF.

A “*interpretação conforme os direitos fundamentais*” distingue-se da “*interpretação conforme a constituição*” no que tange ao seu campo de atuação. Enquanto esta, como método hermenêutico constitucional, propugna pela escolha da interpretação mais condizente com a constituição em havendo mais de uma interpretação possível do ato normativo,⁴⁰ aquela concretiza o vínculo específico do órgão jurisdicional, na medida em que ordena uma interpretação de regras e cláusulas gerais que, segundo o seu teor, não tangencia o âmbito protegido da liberdade individual, sendo o mais favorável possível à realização dos comportamentos individuais ou status tutelado pelas garantias constitucionais.⁴¹ Segundo esta doutrina, as normas definidoras dos direitos fundamentais teriam um efeito ou uma eficácia horizontal mediata, porque, no momento da aplicação de regras gerais, o órgão jurisdicional deveria observar a relevância das normas constitucionais nas relações jurídicas de Direito Privado. O juiz deveria interpretar tais regras à luz dos direitos fundamentais para que sua prestação jurisdicional não viole tais garantias.

Esta dogmática surgiu com uma metáfora: a metáfora de feixes de luz (*Lichtausstrahlung*) que irromperiam os limites do Direito Constitucional, penetrando no Direito Privado por entre frestas (*Einbruchstellen*) que seriam abertas por cláusulas gerais, cuja interpretação, necessariamente integrativa, deveria levar em consideração os “valores” constitucionais, no caso, os direitos fundamentais. Sua luz alcançaria, desse modo, todo o ordenamento. Por isso, o Direito Privado deveria ser interpretado à luz dos direitos fundamentais.

2. A decisão *Lüth* do Tribunal Constitucional Federal alemão

Em matéria de direitos fundamentais, sua interpretação e aplicabilidade,

³⁹ O TCF alemão distingue entre o momento da interpretação e o momento da aplicação da norma, ambos devendo ser “*conforme a ou orientados pela Constituição*”. Cf. a clara exposição deste escalonamento do exame da constitucionalidade de decisões judiciais em Schlaich (1994), pp. 184 e segs.

⁴⁰ Cf., entre muitos, Bonavides (2003), pp. 473 e segs.

⁴¹ Cf. Pieroth e Schlink (2000), p. 21: “*Diese grundrechtskonforme ist ein Unterfall der sog. Verfassungskonformen Auslegung ...*”.

a decisão *Lüth* de 1958 é talvez a mais clássica decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, que deu azo, embora seja sempre muito criticada, à construção de uma dogmática criada sobretudo pela jurisprudência do TCF alemão:

O cidadão alemão Erich Lüth conclamou, no início da década de cinquenta (na época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e co-responsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme *Jud Süß*, de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra *Lüth* com base no § 826, *BGB*. O referido dispositivo da lei civil alemã obriga todo aquele que, por ação imoral, causar dano a outrem, a uma prestação negativa (deixar de fazer algo, no caso, a conclamação ao boicote), sob ameaça de uma pena pecuniária. Esta ação foi julgada por todas as instâncias ordinárias como procedente, sendo suspensa somente por decisão do TCF em 1958, não porque o dispositivo aplicado, o § 826, *BGB*, fora julgado inconstitucional, mas porque a sua interpretação, naquele caso, violava a liberdade de opinião de Lüth, tutelada pelo art. 5º, I 1, *GG*. Na fundamentação da decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão, lê-se:⁴²

“Sem dúvida, os direitos fundamentais servem, em primeira linha, para assegurar uma esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções do poder público; eles são, por isso, direitos de resistência (Abwehrrechte) do indivíduo contra o Estado. Este caráter resulta do desenvolvimento histórico da idéia de direitos fundamentais como oriundos de processos que levaram ao seu assentamento nas constituições dos vários Estados. Também os direitos fundamentais da Lei Fundamental têm este sentido. Com a colocação do seu capítulo logo no início, quis-se enfatizar a primazia da pessoa humana e sua dignidade em face do Estado. A isso corresponde o fato de o legislador ter previsto um remédio constitucional especial para a proteção destes direitos somente contra atos do poder público, qual seja, a reclamação constitucional. Da mesma maneira, é correto afirmar, todavia, que a Lei Fundamental,

⁴² Cf. *BVerfGE* 7, 198, 204 s.

no seu capítulo dos direitos fundamentais, não pretendendo ser um ordenamento axiologicamente neutro, estabeleceu um ordenamento axiológico objetivo (objektive Wertordnung) e que, justamente por isso, se reforçou a eficácia dos direitos fundamentais. Este sistema axiológico, cujo ponto central corresponde à personalidade humana e sua dignidade, as quais devem se desenvolver livremente dentro da sociedade, deve valer como uma decisão fundamental constitucional para todas as áreas do Direito. Legislação, administração e jurisdição recebem dela diretrizes e impulsos” (grifos do trad.).

Nada obstante toda a carga jus-axiológica dessa decisão (argumento do sistema axiológico encontrado no texto constitucional), nela se encontram as bases do pensamento de um amplo vínculo da atividade jurisdicional, que vai além da mera vedação de aplicação de dispositivo inconstitucional.

3. Decisão “antena parabólica” do TCF alemão

Mais recentemente, o TCF alemão decidiu um caso⁴³ em que o problema da eficácia horizontal se revelou em toda sua plenitude. Tratou-se, desta vez, da interpretação e aplicação de normas do Código Civil alemão (§ 535, 536, *BGB*) que prescrevem regras gerais para o contrato de locação imobiliária. A lide compôs-se a partir dos seguintes fatos:

Um cidadão turco, residente na Alemanha, firmou um contrato de locação, figurando como locatário. Por ter à época ainda fortes relações com a Turquia, o locatário pediu à locadora, uma pessoa jurídica do ramo da construção civil, sua autorização para instalar no telhado do prédio ao qual pertencia o apartamento objeto da locação uma antena parabólica para captação de sinais de TV provenientes da Turquia. A locadora não autorizou a instalação. Inconformado com a negativa e entendendo ver seu direito violado, promoveu em face da locadora uma ação equivalente à cominatória do ordenamento jurídico-processual brasileiro. A ação foi julgada improcedente e esta sentença de primeira instância foi confirmada na instância recursal. Esgotada a via jurisdicional ordinária, o locatário ajuizou a cabível reclamação constitucional⁴⁴ contra a decisão do tribunal estadual com fulcro no art.

⁴³ Cf. *BVerfGE* 90, 27.

⁴⁴ Cf. *BVerfGE* 90, 27 (30 s.).

5 I 1, 2ª Parte da *Grundgesetz*, que garante a liberdade de informação, entendida esta, segundo o teor daquele dispositivo constitucional, como a liberdade de acesso a fontes de informações a todos acessíveis. O TCF alemão, considerando a interpretação dos §§ 535, 536, pelo tribunal estadual bastante omissa no que tange à observação da relevância do art. 5º I 1, 2ª Parte, *Grundgesetz* para o caso, julgou a Reclamação Constitucional procedente, determinando a suspensão da decisão do tribunal.

Em sua fundamentação, O TCF sustentou⁴⁵, em síntese, que:

“(...) a liberdade de informação é garantida de forma ampla pelo art. 5 I 1, 2ª Parte da Grundgesetz não se podendo deduzir do dispositivo constitucional a restrição da proteção a determinados tipos de informações. Exige-se apenas que a informação tenha como destinatário o público em geral. Esta qualidade define-se exclusivamente a partir de dados fáticos, e não de normas jurídicas que regulamentam o acesso a informação. Tais normas não representam o contorno da área de proteção da liberdade de informação, mais sim devem ser, enquanto limites de um Direito fundamental, controladas no que tange a sua constitucionalidade. Os meios de comunicação de massa (a partir do lat. Media sobre o inglês. mass media para ‘mídia’ em português, n. trad.) são todas as fontes de informação a todos acessíveis no sentido do dispositivo constitucional em pauta (...). É o que vale principalmente para o caso de estações de rádio e canais de televisão. A Grundgesetz não faz distinção entre fontes nacionais e estrangeiras. Por isso, a todos acessíveis no sentido do dispositivo constitucional são também todos os canais de televisão e estações de rádio, cujas recepções são possíveis na República Federativa da Alemanha. Se a recepção depender de aparato técnico (...), então a proteção do direito fundamental abrange também a consecução e o uso de um tal aparato. De outra forma, restaria o direito fundamental praticamente sem valor naqueles casos em que o acesso a informação pressupõe meios técnicos de suporte. Assim, a instalação de uma antena parabólica que possibilite a recepção de canais de televisão (e/ou estações de rádio, n. trad.) que são transmitidos via satélite é igualmente protegida pelo direito fundamental do art. 5 I 1, 2ª Parte Grundgesetz.”

⁴⁵ Cf. BVerfGE 90, 27 (32 s.).

A partir deste ponto, o TCF começa a analisar o objeto do exame propriamente dito, ou seja, a decisão do tribunal estadual que aplicou os §§ 535, 536, BGB, para a solução da lide⁴⁶:

“Este direito fundamental exige atenção também no âmbito da lide cível sobre a instalação de antenas em imóveis locados. Embora a liberdade de informação segundo o art. 5, II, Grundgesetz, tenha como limite, entre outros, aqueles positivados nas leis gerais — a essas pertencendo também as prescrições do Código Civil (BGB) que definem os direitos e obrigações de locatários e locadores —, a Constituição exige, por outro lado, que, junto à interpretação de tais normas e nomeadamente junto à concretização de cláusulas gerais, os direitos fundamentais atingidos sejam observados para que seu conteúdo axiológico em face do ordenamento jurídico tenha eficácia também ao nível da aplicação normativa (cf. BVerfGE 7, 198 [205 segs.] – jurispr. pacificada).

Não existem normas, na BGB, que tratem expressamente da instalação de antenas em imóveis locados. No entanto, geralmente os tribunais civis fundamentam decisões sobre conflitos envolvendo a instalação de tais aparatos receptores nas prescrições gerais dos §§ 535, 536, 242, BGB. Na medida em que, com base nessas normas, se pretende realizar a instalação de um aparato receptor, necessário se faz que, junto a sua interpretação e aplicação, o direito fundamental da liberdade de informação seja considerado.

(...)

A decisão atacada não observou suficientemente esta exigência (de se interpretar o direito infraconstitucional à luz do direito fundamental da liberdade de informação, n. trad.). Ainda que o tribunal estadual não tenha ignorado que o direito fundamental da liberdade de informação deva ser observado junto à interpretação e aplicação dos §§ 535, 536, 242, BGB, ele descuidou dos interesses específicos de informação do autor da reclamação constitucional por razões que, em face do direito fundamental, não podem prevalecer.”

A decisão *Parabollantene* significa um salto qualitativo da assim chamada

⁴⁶ Cf. BVerfGE 90, 27 (33 s.).

dogmática da eficácia horizontal mediata dos direitos fundamentais que, como visto, descreve o vínculo específico do Poder Judiciário aos direitos fundamentais. Se, na decisão *Lüth*, exigida era tão-somente a total ignorância pelo juiz ou tribunal da eficácia horizontal mediata no caso decidendo, na decisão ora discutida, o TCF fundamentou uma segunda exigência: a eficácia não só poderia ser “não totalmente ignorada”, como também deveria ser suficientemente observada.⁴⁷ Pressupõe-se, portanto, que o juiz conheça e compreenda com relativa precisão a área de proteção⁴⁸ do direito fundamental, cuja violação potencial ele somente dessa forma pode evitar.

No caso da *Parabollantene*, o tribunal estadual valeu-se de razões consideradas precárias pelo TCF em face da tutela constitucional da liberdade de informação. O problema se deu em torno da interpretação do conceito de uso contratual (uso conforme o objeto do contrato) do imóvel locado. Para se interpretar esta norma, o juiz teria que considerar os interesses contratuais de ambas as partes. O problema é que, no caso, tais interesses encontravam, principalmente do lado do locatário, uma ressonância constitucional. Enquanto o juiz de primeira instância julgou, sem maiores fundamentos, o direito de propriedade da locadora como prevalecente no caso, pelo simples fato de existirem vários outros tipos de fontes de informação, como jornais e vídeos em língua turca, ou a possibilidade de os filhos nascidos na Alemanha traduzirem as notícias veiculadas pela TV alemã sobre o país de origem,⁴⁹ o tribunal estadual fundamentou a decisão pela prevalência da propriedade da locadora e sacrifício do interesse do locatário pela informação, na possibilidade de receber um canal de TV turco pelo sistema de TV a cabo. Esse seria em breve instalado no condomínio onde se encontrava o imóvel locado. Outro argumento utilizado pelo tribunal estadual foi o fato de rádios locais conterem também programação turca. O tribunal estadual julgou, por essas razões, que o locatário extrapolou, no uso da coisa locada, os limites contratuais. Também por motivos de tratamento igual dos demais locatários, a locadora não poderia autorizar esse uso extraordinário. Essa interpretação do § 535, *BGB*, e subsequente decisão, todavia, firmou-se, segundo o TCF, sobre uma incompreensão do direito fundamental da liberdade de informação e, por isso, o feriu.

Decisões como esta e a acima tratada (*Lüth*) deixam claro quais são as

⁴⁷ Cf. Schlaich (1994), p. 186 e Schlink (1984), p. 464.

⁴⁸ Sobre o conceito, sua instrumentalidade e aplicabilidade, cf. Martins (2003), pp. 24 e segs.

⁴⁹ Cf. *BVerfGE* 90, 27 (39).

conseqüências dogmáticas que devem ser reconhecidas por qualquer Poder Judiciário pertencente a uma ordem constitucional que o vincule a direitos fundamentais. O vínculo específico revela-se, dogmática e técnico-juridicamente falando, no momento da interpretação e aplicação do Direito Infraconstitucional — principal, mas não exclusivamente — daquelas cláusulas gerais que exigem do magistrado o uso de uma hermenêutica integrativa que deve, desta maneira, ocorrer “à luz dos direitos fundamentais”. O exemplo seguinte mostra um caso limítrofe desta eficácia horizontal.

4. Eficácia horizontal da autonomia privada junto à interpretação de contratos bancários

A interpretação de contratos deve, primeiramente, atender ao princípio da autonomia da vontade. Ao nível constitucional, o bem jurídico “autonomia da vontade” pode ter por conteúdo algo diferente da imposição do cumprimento de uma cláusula contratual.⁵⁰

A máxima *Pacta sunt servanda* não tem, com efeito, validade absoluta quando há uma disparidade muito grande de forças entre os contratantes. Contratos de adesão com cláusulas leoninas são suscetíveis, também segundo a doutrina e jurisprudência brasileiras, principalmente com o advento da nova lei civil, à revisão e controle. Trata-se, por outro lado, de uma intervenção na autonomia privada tutelada no plano do Direito Civil, que se justifica por regras encontradas na própria lei civil, que a limitam, como a proibição do enriquecimento sem causa e da usura.

⁵⁰ Autonomia da vontade no sentido negativo clássico pressupõe a inexistência de óbices estatais à liberdade contratual. Porém, o sentido positivo do conceito de autonomia da vontade pressupõe justamente o oposto, ou seja, a criação de um controle estatal que possibilite, de maneira relativamente eficaz, a equidade de chances e condições. Segundo a dogmática alemã dos direitos fundamentais, este seria um mandamento derivado do art. 1, I, 2, *Grundgesetz*, que determina não somente a “observação” (mandamento de não-intervenção), como também “proteção” (mandamento de intervenção) da dignidade da pessoa humana (“observá-la e protegê-la é dever de todas as autoridades estatais”, determina o citado dispositivo da *Grundgesetz*). O dever de proteção ativa da dignidade da pessoa humana foi exportado para boa parte dos direitos fundamentais arrolados a partir do art. 2 *Grundgesetz*, por terem esses um “substrato de dignidade humana” (a respeito, v. Martins 2004 b, sob “2.2”) e trabalhado dogmaticamente sob a alcunha de staatliche *Schutzpflicht* (dever de tutela estatal). Trata-se, neste mister, como boa parte da doutrina alemã tem sustentado, de uma modernização da dogmática da *Drittwirkung* ou da “outra face” do mesmo conceito, pois ambos referem-se à relevância dos direitos fundamentais em relações tripolares (particular-Estado-particular). Nada obstante, modo de aplicação e momento de eficácia são diversos: em termos esquemáticos, a *Drittwirkung* pressupõe obrigação de não-intervenção do Estado-juiz (reconstrução liberal clássica da figura) e a *Schutzpflicht* pressupõe a intervenção pelo Estado-legislador, embora esta também possa ser reconstruída negativamente, quando se parte da idéia de que a omissão corresponde a uma intervenção negativa, contra a qual o direito fundamental também oferece resistência. Cf. a respeito: Martins (2001), pp. 85 e segs. e 151 e segs. e o comentário a respeito de Poscher (2002), p. 200, nº 175.

O TCF alemão foi muito além dessa parca restrição, em sua decisão conhecida como *bürgschaft* (fiança), ao analisar um contrato bancário, em que uma jovem de 21 anos figurava como fiadora no contrato de conta corrente firmado com uma instituição financeira por seu pai, que desejava ver ampliado seu limite de crédito de 50 para 100 mil marcos. Para conceder esse aumento, a instituição financeira exigiu a garantia pessoal da fiança, prática comum naquele mercado financeiro. A cláusula contratual relativa à fiança limitava-a a 100 mil marcos acrescidos de eventuais juros de mora e correção monetária. No entanto, a fiadora não contava com formação profissional, não tinha patrimônio e percebia um salário mensal de pouco mais de um por cento daquele valor. Todavia, ninguém se preocupou com este fato no momento da assinatura do instrumento contratual: O funcionário da instituição financeira chegou a dizer que a fiadora não estaria incorrendo em grande risco; que se tratava de uma mera formalidade. O devedor, pai da fiadora, gozava, na época, de bom crédito; era um corretor de imóveis bem sucedido. Mas, dois anos depois, sua dívida para com o banco batia na casa dos 2,4 milhões de marcos. O banco então resolveu rescindir o contrato e exigir da fiadora o pagamento dos 100 mil marcos acrescidos dos juros de mora e da correção monetária. A fiadora ajuizou, em seguida, uma ação declaratória de nulidade da cláusula de fiança. A ré (instituição financeira) ofereceu reconvenção e obteve êxito na primeira instância. O tribunal superior estadual deu provimento ao recurso de apelação da autora reconvinde. Essa decisão, porém, foi suspensa em grau de recurso de revisão pelo Tribunal Superior Federal (BGH). Esgotada a via jurisdicional ordinária, a jovem ajuizou uma reclamação constitucional junto ao Tribunal Constitucional Federal, alegando que seu direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, tutelado pelo art. 2 I *Grundgesetz*, que abrange, entre outros direitos da personalidade, a autonomia privada estaria sendo violado pela decisão do BGH. O TCF julgou essa reclamação procedente e suspendeu a decisão do BGH. Na fundamentação, depois das típicas considerações abstratas sobre a eficácia horizontal tal qual desenvolvida em *Lüth*, lê-se, entre outras coisas:⁵¹

“O contrato de fiança objeto do julgamento do BGH diferencia-se substancialmente de outras garantias de crédito comuns no dia-a-dia. A reclamante (...) assumiu, por meio dele, um risco extraordinariamente

⁵¹ BVerfGE 89, 214 (230 ss.).

elevado sem ter, pelo crédito por esta via assegurado, um interesse econômico próprio. Desistindo daquelas prescrições quase todas dispositivas do BGB, ela responsabilizou-se pelo risco empresarial de seu pai numa proporção que sobrepujou em muito sua capacidade econômica. Era de se prever, desde o início, o que fora para a instituição financeira facilmente perceptível, que a reclamante, no caso de inadimplência no pai, provavelmente não seria capaz, até o fim de sua vida, de se livrar da dívida contratada. Nesse contexto, tinham-se que questionar as condições e razões da realização do contrato, principalmente porque as petições apresentadas pelas partes processuais se concentraram neste ponto. A reclamante demonstrou, nas duas primeiras instâncias (em que as provas dos fatos são apreciadas, n. trad.), que o banco violou suas obrigações pré-contratuais relativas à instrução do cliente e impôs interesses próprios a partir da inexperiência negocial da fiadora. O Tribunal Superior Estadual acolheu essa tese. Ao contrário, o BGH não viu ensejo algum para o controle do conteúdo do contrato de fiança. A questão sobre se e como ambos os parceiros contratuais puderam de fato decidir sobre o fechamento e conteúdo do contrato não foi levantada pelo BGH. Neste ponto, reside a ignorância da autonomia privada tutelada constitucionalmente.

2. a) Segundo a pacífica jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a conformação das relações jurídicas pelo particular de acordo com a sua vontade corresponde a uma parte da liberdade geral de ação (...). O art. 2 I, Grundgesetz garante a autonomia privada como 'autodeterminação do indivíduo na vida jurídica' (...). Uma violação da garantia de direito fundamental da autonomia privada pode ser suscitada, quando o problema da ausência de paridade contratual não for, em absoluto, visto ou quando sua solução for tentada com meios inadequados.

3. A decisão atacada do BGH é caracterizada por uma tal violação".

Vê-se, por essas e outras decisões em que a dogmática da *mittelbare Drittwirkung* foi relevante, que seu foco não é a existência de um sistema objetivo de princípios ou valores constitucionais que determinaria, de forma precisa, o modo de interpretação de todo o Direito.⁵² Esta dimensão ou caráter objetivo dos direitos fundamentais existe, mas tem como pano de

⁵² Ao contrário, neste sentido cf. Mendes (1999), pp. 228 e segs.

fundo uma outra problemática, qual seja, o caráter de norma de competência negativa⁵³ que todo dispositivo constitucional traz em si. As liberdades de comunicação social, por exemplo, outorgam, de um lado, diretamente ao indivíduo pretensões de resistência contra intervenções estatais em comportamentos assegurados por tais liberdades, de outro, retiram objetivamente (independentemente do exercício do direito de ação, no Brasil, principalmente pela interposição do recurso extraordinário) competências específicas estatais. No caso das liberdades de comunicação social, por exemplo, é vedado ao Estado, independentemente de se constatar uma violação de direito subjetivo específico, implementar medidas que levem à concentração da chamada “mídia”, por exemplo, porque a variedade e multiplicidade de órgãos de mídia muito mais contribuem para o alcance daquilo que já se convencionou chamar de “*tarefa pública da imprensa*”⁵⁴ (hoje estendida à “mídia” em geral), do que o processo de monopolização dessa função por poucas empresas. O que acontece com os direitos fundamentais em torno da comunicação social tem natureza exemplar e pode ser exportado para outras garantias fundamentais. Em todas elas, a eficácia específica aqui diz respeito muito mais ao controle abstrato e, portanto, ao vínculo específico do Legislativo e governo do que do Judiciário. Por isso, no caso da eficácia horizontal, o caráter clássico dos direitos fundamentais como normas que oferecem resistência à intervenção (qual seja, uma interpretação do direito infraconstitucional que resulte numa intervenção na área de proteção de um direito fundamental) é o caráter atingido, de tal sorte que sua existência não pressupõe a existência daquele sistema axiológico propugnado na decisão Lüth, muito

⁵³ Cf. a respeito: Pieroth e Schlink (2000), p. 2.

⁵⁴ Esta “*öffentliche Aufgabe der Presse*” encontrou ressonância jurídico-positiva em quase todas as leis de imprensa, que, na Alemanha, são da competência do legislador estadual. No entanto, a opinião dominante na doutrina alemã afirma não se tratar de um conceito jurídico do qual derivem maiores consequências como privilégios ou restrições, mas sim de um conceito que sintetiza, de forma heurística, o significado da imprensa. O conceito, no entanto, remete o estudioso da dogmática alemã da liberdade de imprensa e da dogmática geral dos direitos fundamentais (aquela tem, com referência a esta, muitas vezes uma relação paradigmática) à discussão em torno da interpretação e do duplo caráter dogmático (caráter subjetivo e institucional-objetivo) da liberdade de imprensa nos anos 1960 e 1970, discussão essa travada por autores como Forsthooff (1963), p. 633 s., para quem o julgamento do cumprimento da tal “*tarefa pública da imprensa*” poderia ter um efeito “destrutivo”, por Scheuner (1965), pp. 1 e segs., Schnur (1965), pp. 101 e segs., Lerche (1971), pp. 21 e segs., 45 e Scholz (1978), pp. 46, 81 e segs., entre outros. Essa discussão em torno do caráter institucional-objetivo foi retomada e estendida à dogmática geral no início da década de 1990, entre outros, por Böckenförde (1990), pp. 1 e segs.; Alexy (1990), pp. 49 e segs. e Dreier (1993), pp. 27 e segs., embora aqui o caráter objetivo dos direitos fundamentais não se restrinja somente à garantia institucional da liberdade de imprensa, alcançando outros conteúdos. Bastante crítico em relação ao risco de instrumentalização da liberdade de imprensa em prol de um certo absolutismo do processo democrático tem-se Kull (1993), pp. 663 e segs. Acompanhando toda essa evolução e também bastante crítico, cf. Martins (2001), pp. 90 e segs.

menos que a *Drittwirkung* seja a única ou maior responsável pela hipertrofia dos direitos fundamentais ou constitucionalização do ordenamento, fenômeno que, no caso do sistema concentrado alemão, causa problemas de delimitação da competência do TCF.⁵⁵ Ela é, sim, pelo contrário, corolário necessário do vínculo da atividade jurisdicional aos direitos fundamentais.

5. Eficácia horizontal indireta na interpretação do novo Código Civil brasileiro

O novo Código Civil brasileiro é deveras proficiente em cláusulas gerais (“conceitos abertos”),⁵⁶ que exigem do juiz do feito um esforço interpretativo integrativo. Regras como a tradicional prescrição da boa-fé, passando pelo dano moral junto a violações de direitos da personalidade e sobretudo a novidade “função social do contrato” oferecem-se como material privilegiado de aplicação e fundamentação (*sedes materiae*) dos critérios ora delineados.⁵⁷

Tais regras gerais até têm o condão de dar mais liberdade hermenêutica ao juiz que, no entanto, não pode dela abusar, sob pena de incorrer em subjetividade, senão até mesmo em arbítrio, desrespeitando seu dever constitucional.⁵⁸

O vínculo específico do Judiciário prescinde totalmente da rasa distinção feita entre princípio e regra.⁵⁹ Uma noção de princípios constitucionais que se baseie nessa distinção prejudica a correta compreensão do problema. Segundo seus adeptos,⁶⁰ regras e princípios, enquanto espécies do gênero “norma jurídica”, distinguir-se-iam por um certo grau de concreção ou proximidade com um caso específico, que teriam as regras, ao contrário dos princípios,

⁵⁵ Trata-se do problema de se definir a fronteira do chamado “Direito Constitucional específico”, único objeto da jurisprudência daquele tribunal.

⁵⁶ Sem fazer menção explícita aos conceitos abertos do novo Código Civil e seu papel dogmático, Martins-Costa (2004), pp. 61, 64 segs. logrou uma feliz conceituação ao tratar do assunto, alcunhando-o de ultrapassagem de um modelo de “incomunicabilidade” (entre Direito Público e Privado).

⁵⁷ Na clássica lição de Pontes de Miranda, regras de boa-fé seriam a expressão de regras gerais de interpretação, o que denota uma abertura parcial do Direito privado a medidas normativas vindas de fora do Direito Civil, preservando, porém, seu caráter cogente (leia-se: vinculando também o juiz a uma determinada maneira de interpretar o Direito Civil): “Regras de boa-fé são regras de uso do tráfico, gerais, porém de caráter cogente, que de certo modo ficam entre as regras jurídicas cogentes e o direito não cogente, para encherem o espaço deixado pelas regras jurídicas dispositivas e, de certo modo, servirem de regras interpretativas”. Vide Pontes de Miranda (1954), p. 331 s.

⁵⁸ Semelhantemente ao que ocorre com a competência discricionária da Administração. Cf. a discussão acima (sob “IV.”) e a referência bibliográfica trazida na n. rod. nº 28.

⁵⁹ Sobre a crítica à distinção, novamente: Martins (2004 c), sob “4.1” – “4.4”).

⁶⁰ Cf. os autores indicados acima, na nota de rodapé 1.

que se caracterizariam por serem mais abstratos, abrangentes, revelando diretrizes que poderiam ser mais ou menos perseguidas no caso concreto. As regras, ao contrário, conheceriam somente uma resposta binária a problemas concretos: regra cumprida/regra descumprida. Quando aplicada à dogmática dos direitos fundamentais, estes seriam, em grande parte, princípios contendo, por isso, mandamentos de otimização a serem manifestadas, no caso concreto, segundo uma relação hierárquica a ser definida conforme todas as nuances e fatores do caso decidendo.⁶¹ Quando aplicada às cláusulas gerais da lei civil, que, segundo o entendimento germânico já tradicional, oferece as portas de comunicação entre Direito Privado e Direito Constitucional, um tal conceito de princípio transfere, na prática, ao juiz o poder de criar a regra *ad hoc*. Além de significar uma clara afronta ao preceito constitucional de separação ou “harmonia” (segundo o teor do art. 2º da CF) de poderes, esse entendimento acaba com o rigor da dogmática, comprometendo boa parte da racionalidade jurídica.⁶²

Imprescindível é, pelo contrário, somente que o juiz, em primeiro lugar, conheça o alcance de cada tutela constitucional, vale dizer, que ele saiba que comportamentos individuais ou coletivos, mas que correspondam sempre a Direitos públicos subjetivos,⁶³ são abrangidos pelo dispositivo constitucional e qual a obrigação estatal derivada da norma (principalmente: de não intervenção ou de prestação). Em segundo lugar, o juiz deve conhecer todo o Direito Constitucional positivo, vale dizer, saber qual a relação de uma norma com outra, conhecer o sistema constitucional e saber que dispositivos constitucionais podem ser utilizados pelo Estado para justificar intervenções nos âmbitos ou áreas protegidas pelos direitos fundamentais.⁶⁴

A seguir, buscam-se, após uma despreziosa análise do processo de constitucionalização do Direito Civil, elementos que podem ser relevantes no caso concreto da interpretação das regras gerais ou conceitos abertos do Código Civil brasileiro à luz dos direitos fundamentais.

⁶¹ A relação hierárquica, no caso concreto, dependeria de todos os fatores envolvidos; daí tratar-se de uma “*bedingte Vorrangrelation*” (“relação de hierarquia condicionada”), Cf. Alexy (1996), p. 81.

⁶² Martins (2004 c), sob “4.4.3” e, na Alemanha, cf., por muitos: Poscher (2002), pp. 75 e segs.

⁶³ Trata-se da definição precisa da área de proteção subjetiva (titularidade) e da área de proteção objetiva (comportamentos, posições ou bens jurídicos tutelados). Sobre o assunto da definição da área de proteção, cf. Martins (2003), p. 24 s.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 25 e segs.

a) Função social do contrato e o “risco” da constitucionalização

O art. 421 do Código Civil brasileiro promulgado em 2002 trouxe certamente o conceito mais aberto do qual se tem notícia ao fixar a regra segundo a qual a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da “função social do contrato”. Este dispositivo oferece não somente uma “porta”, mas sim um “largo portão de entrada” do Direito Constitucional no Direito Privado. Fala-se, nesse contexto, com certo entusiasmo pueril, da constitucionalização do Direito Privado, como se isso significasse garantia de eficácia real do Direito Constitucional.

Com efeito, a constitucionalização do Direito Privado assim como de todo ordenamento não representa algo em si positivo. Ao contrário, ela pode, dadas algumas circunstâncias, comprometer a própria concretização constitucional. Sem se ter a pretensão de exaurir o problema nos limites da presente exposição, pode-se tão-somente lembrar que o comprometimento da autonomia do Direito Privado em face do Direito Constitucional leva à confusão normativa que tem, ao cabo do processo (de constitucionalização total), necessariamente a ineficácia material de normas do Direito Privado e do Direito Constitucional (até por confusão entre objetos e medidas ou parâmetros do controle de constitucionalidade). O problema foi devidamente diagnosticado pela doutrina constitucional e privatística alemã.⁶⁵ Trata-se, de fato, como bem asseverou Canaris,⁶⁶ de um fenômeno internacional. Mas se pode estar diante de um fenômeno que, controladas as suas proporções, ou seja, garantidas a “produtividade” de cada ramo do Direito positivo (por mais que se critique a dicotomia Direito Público/Direito Privado), representa, como com precisão assentou Martins-Costa⁶⁷ em recente ensaio, a superação de um modelo de incomunicabilidade estranha à práxis jurídica. Postura devida pela doutrina, no entanto, é o acompanhamento crítico e a parcimônia na derivação de consequências, pois há o risco de descaracterização de todo o ordenamento jurídico quando se suspende a diferença “Constituição-lei formal (eventualmente: - lei material) - Realidade”. Suspendida essa diferença, a constituição e o Direito Constitucional perdem os seus papéis principais como “ordem fundamental” (*Grundordnung*) e como “ordem-limite” (*Rahmenordnung*).⁶⁸

⁶⁵ Cf., com amplas ref. bibliográficas jurisprudenciais por muitos: Schuppert e Bumke (2000), pp. 24 e segs.

⁶⁶ Canaris (2003), pp. 241 ss. Cf. também, no original, Canaris (1999), pp. 74 e segs.

⁶⁷ Martins-Costa (2003), pp. 68 e segs.

⁶⁸ Sobre o assunto, cf. Alexy (2002), pp. 12 e segs.

A partir deste quadro de risco, deve-se entender o uso de conceitos abertos como o ora em pauta pelo operador jurídico e por aqueles que trabalham na elaboração dogmática. Não resta dúvida de que o legislador civil brasileiro de 2002, como o comprovam os diversos artigos publicados na imprensa diária pelo autor do projeto-lei que serviu de base para as votações,⁶⁹ que os novos conceitos abertos como a função social do contrato foram cunhados sob a influência do espírito da constituição vigente, promulgada 14 anos antes. Assim, a rigidez da separação entre Direito Constitucional e Direito Privado foi bastante relativizada senão suspensa pelo novo Código Civil. Nada obstante, as novas regras do Direito Civil deverão ser controladas a partir das medidas constitucionais assim como a sua aplicação. Isso significa que a nova lei civil continua sendo possível objeto do controle de constitucionalidade. Suspender definitivamente a fronteira causa, por um lado, a confusão entre objeto e medida do controle, tornando-o impossível. Daí decorre o comprometimento da eficácia do Direito Constitucional. De outro lado, a elevação das regras civis à categoria de conformação do texto constitucional significa a quebra total da autonomia da instância política legislativa, uma vez que sua conformação dos direitos, obrigações e conflitos entre particulares não fica somente — como ocorre tradicional e corretamente — submetida a um controle de constitucionalidade e, como tal, ao atendimento de certos limites, como também resta totalmente supérflua quando, de qualquer sorte, os conflitos interindividuais deverão ser avaliados a partir das normas constitucionais.

O Direito locatício alemão, por exemplo, há décadas vem consolidando políticas de governo específicas, ora privilegiando o locador, ora o locatário, de acordo com as vicissitudes do mercado imobiliário e da política habitacional e social que se pretende implementar. Sem conhecer a figura da função social do contrato, mas somente a máxima de que a propriedade obriga, ou seja, pode ser limitada pelo legislador, o TCF alemão já reconheceu a garantia do Direito Constitucional de propriedade ao locatário.⁷⁰ Nada obstante as

⁶⁹ Cf., por muitos, Reale (2003), p. A-2.

⁷⁰ Cf. BVerfGE 89, 1 (5 ss.). Trata-se do direito de domínio da coisa locada pelo locatário, uma posição jurídica protegida também pelo art. 14 I *Grundgesetz*, segundo essa decisão do TCF alemão. Interessante notar é que o TCF não acolheu a alegação do reclamante segundo a qual seu direito de resistência à confirmação judicial da rescisão do contrato de locação (denúncia vazia) derivaria do art. 14 II *Grundgesetz*, que prescreve o vínculo social da propriedade. Segundo o TCF, este dispositivo conteria somente uma “*diretriz e limite para a obrigação jurídica-objetiva, imposta ao legislador, de fixar o conteúdo e limites da propriedade. Ele determina ao legislador que esse observe, junto à criação do Direito locatício, de forma ponderada, os interesses do locatário (cf. BVerfGE 37, 132 [140 s.]), todavia não eleva a proteção do locatário a uma outorga de direito fundamental*”

críticas àquela jurisprudência, parte-se de uma ampla margem de conformação legislativa enquanto prática política que só será cerceada se essa for julgada como uma intervenção não justificada em esfera individual, protegida constitucionalmente por norma de Direito fundamental.

A função social do contrato segundo a prescrição do art. 421 do Código Civil brasileiro pode servir como porta de entrada dos direitos matrizes “liberdade” e “igualdade” do art. 5º, *caput*, CF, e eventualmente de outros, dependendo do caso concreto. Nada obstante todos os conflitos político-filosóficos entre liberdade e igualdade, os dois foram tutelados paralelamente aparecendo um ao lado do outro harmoniosamente como direitos “invioláveis”.⁷¹ Quanta margem de ação o legislador deixa à parte contratual econômica e socialmente mais forte e quanta proteção e igualdade de pontos de partida de chances e condições ele garante à parte contratual mais fraca é da alçada exclusiva da instância política, do legislador.⁷² Tarefa do juiz não é substituir essa política pela sua concepção de “justiça social” ou outras derivadas do conceito aberto da “função social do contrato”, mas sim controlar e rever certas cláusulas contratuais firmadas sobre uma desproporção considerável de forças, considerável ao ponto de afetar a autonomia privada da parte mais fraca como demonstrou a decisão *Bürgerschaft* acima apresentada. Naquele caso, a garantia da inviolabilidade da igualdade da parte mais fraca acabou sendo absorvida pela garantia da inviolabilidade da liberdade (enquanto autonomia privada) da mesma parte mais fraca. Outro direito fundamental que pode ser relevante para a interpretação deste conceito geral é a liberdade profissional e empresarial do art. 5º, XIII da CF, se de sua interpretação puder resultar o cerceamento de comportamentos individuais que possam ser qualificados como exercício de profissão, ofício ou trabalho.

Assim, a função social do contrato não é cláusula capaz de sempre transformar a máxima *pacta sunt servanda* em *rebus sic stantibus* quando do cumprimento do contrato, muito menos de suspender toda a autonomia do Direito Civil brasileiro. É óbvio que não foi esta a intenção do legislador. Mas a

subjetivo. (cf. BVerfGE 21, 73 [83]; 80, 137 [150]). Esta decisão demonstra a necessidade do conhecimento pelo juiz de qualquer instância ou juízo das dogmáticas dos direitos fundamentais. Em face da dogmática do direito fundamental à propriedade, por exemplo, o juiz precisa saber que a “função social” representa a fixação, pelo constituinte, de um limite *sui generis*: ao mesmo tempo positivo (dever de intervenção estatal — staatliche Schutzpflicht e dever de não-intervenção — *Abwehrrecht*) e não, como sustenta parte da doutrina brasileira, de um “elemento constitutivo da propriedade”. Cf. o desenvolvimento desta tese em Martins (2004 d).

⁷¹ Cf. Pieroth e Schlink (2000), pp. 101 e segs.

⁷² Legislador em sentido lato, cf. Pieroth e Schlink (2000), pp. 101 e segs.

confusão dogmática pode levar ao enfraquecimento cada vez maior da eficácia geral de normas, tanto das constitucionais, quanto daquelas que delas qualitativamente se distinguem: as normas de Direito Privado.

b) “Boa-fé”, “probidade”, “usos” e “bons costumes”

Os demais conceitos gerais positivados na nova lei civil brasileira já contam com uma longa tradição. Todos eles podem ser encontrados em outros ordenamentos jurídicos, sobretudo, no *BGB* alemão, que serviu de base para grande parte do código de Clóvis Beviláqua.

No art. 422, o código fala em princípios de “probidade” e “boa-fé” que deveriam ser guardados pelos contratantes na conclusão e execução dos contratos. O art. 113 traz outra regra de interpretação dos negócios jurídicos: eles devem ser interpretados segundo a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. O art. 187 define como ilícito o exercício de direito de maneira a exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Todos estes conceitos abertos podem servir de entrada para as dogmáticas dos direitos gerais da personalidade, tutelados constitucionalmente (sobretudo art. 5º, *caput*, 5º, V e 5º, X, da CF), mas também de direitos fundamentais de comunicação (principalmente art. 5º, IV e IX, da CF) na interpretação de cláusulas contratuais e avaliação pelo juiz do conflito trazido a sua apreciação. Quando o código fala, no art. 187, em “exercício de direito”, pode-se trazer à tona o disposto no art. 5º, XXII e segs., CF, que definiu a tutela constitucional do direito de propriedade ao mesmo tempo em que criou pelo inciso XXIII uma reserva legal qualificada pela “função social” da propriedade.

c) Dano moral junto à violação de direitos da personalidade

Finalmente, o dano moral foi definido pela nova lei, em seu art. 186, como ilícito que obriga o violador do direito à indenização específica. De um lado, o dispositivo em pauta é derivação e conformação do dispositivo constitucional do art. 5º, X, da CF. Por outro lado, ele também pode ser usado, dado o caráter indefinido, aberto ou, pelo menos, da dificuldade de mensuração do dano moral, como porta de entrada de dogmáticas de outros dispositivos

constitucionais, como a da garantia da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF), da correspondência (art. 5º, XII, da CF) e da liberdade de locomoção (art. 5º, XV, da CF), ainda que esses direitos sejam classicamente direitos fundamentais de resistência à intervenção estatal. No entanto, está-se, neste ponto, muito mais próximo da dogmática do dever estatal de tutela a ser cumprido em primeira linha pelo legislador⁷³ do que da eficácia horizontal em sentido tradicional. Neste sentido, o artigo 186, CC, representaria a tentativa do legislador de cumprir essa sua obrigação de proteção de direitos da personalidade, prescrita pelo art. 5º, X, da CF. Apesar disso, o indeferimento não ou mal fundamentado de um pedido de indenização por dano moral, surgido a partir de violação privada daqueles direitos fundamentais de resistência à intervenção poderá representar uma intervenção direta injustificada na área de proteção do respectivo direito fundamental por mais que se resista à idéia de que a omissão estatal possa ser, dogmaticamente falando, equivalente à ação interveniente.⁷⁴ Podem ocorrer, nesse momento da aplicação normativa, colisões de direitos fundamentais que exigem do juiz do feito pleno conhecimento da dogmática geral dos direitos fundamentais, em especial da dogmática do direito fundamental à igualdade.

O estudo da dogmática da colisão de direitos fundamentais, embora também muito relevante para a observância do vínculo do Judiciário (toda a dogmática dos direitos fundamentais o é), extrapola os limites fixados pela determinação do objeto do presente ensaio, devendo ser retomado em ensaios e/ou demais trabalhos futuros.

VI. Conclusão: teses

O produto do presente trabalho revela-se, quando é sistematicamente apresentado, pelas seguintes teses que podem tanto ensejar a discussão quanto nortear a sua esperada crítica:

1. Embora a Constituição Federal de 1988 seja, em grande parte, uma

⁷³ A cumprir a obrigação de proteção ou tutela estatal é chamado em primeira linha o legislador que deve criar mecanismos de proteção adequados à proteção do bem jurídico constitucional (objeto do direito fundamental). Cf. também já acima, n. rod. 50. Segundo a dogmática constitucional alemã, ele estaria inclusive limitado positivamente a agir, ou seja, o meio de proteção escolhido além de adequado deveria ser suficiente para o alcance do propósito de proteção implícito na obrigação em pauta. Limitação positiva significa a observância do que Canotilho (2000), p. 267, traduziu para o português como uma "proibição de defeito" (*Untermassverbot*).

⁷⁴ Tese defendida sobretudo por Martins (2001), p. 62 e segs.

“Constituição Social” e seja, além de uma Constituição do Estado brasileiro também uma Constituição “da Sociedade”, o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais, expresso junto à atividade de interpretação do Direito Infraconstitucional, só tem relevância junto aos direitos fundamentais clássicos e em constelações tripolares.

2. No caso de constelações notadamente bipolares dos direitos fundamentais sociais, a inconstitucionalidade propriamente dita pode ser cometida por omissões legislativas e administrativas. O juiz pode, neste caso, ao negar provimento a pedido embasado em lei conformadora de direito fundamental social, incorrer em ilegalidade e, por conseqüência inconstitucionalidade, mas nunca somente em inconstitucionalidade, como no caso do vínculo específico aqui explanado (exceção aqui o caso do Mandado de Injunção por este revelar uma problemática processual).
3. Embora a Constituição Federal de 1988 seja considerada também uma “Constituição de toda a sociedade brasileira”, os particulares não se encontram por ela vinculados aos direitos fundamentais: tanto a necessidade lógico-formal de autonomia do Direito Privado, para que, em geral, se possibilite (*Zwischenschalter*) o controle de constitucionalidade de atos do legislador, quanto o caráter de regra reflexiva (confluência das pessoas do remetente e do destinatário normativo) dos direitos fundamentais, além da interpretação gramatical e sistemática do art. 5º, da CF, corroboram a tese da não-vinculação imediata dos particulares.
4. Ao reconhecimento de Direito Constitucional material da não relevância direta (ausência do vínculo do particular), alia-se o instrumental processual constitucional de defesa de tais direitos, pois todos os instrumentos de controle abstrato (obviamente) ou concreto, pela via principal ou incidental ou ainda recursal extraordinária, têm por objeto exclusivamente ato do poder público *lato sensu*.
5. O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, embora não declarado expressamente no art. 5º, § 1º, da CF (onde deveria tê-lo sido), encontra respaldo na previsão da Ação Direta de Inconstitucionalidade do art. 102, I, da CF.
6. O vínculo do legislador aos direitos fundamentais, que parece óbvio em face do princípio da supremacia da constituição, revela problemas

quanto à aferição material concreta de uma norma como inconstitucional. O estudo jurídico-científico do vínculo do legislador, principalmente, o perpetrado na obra de B. Schlink, revela a evolução histórica da natureza dos próprios direitos fundamentais de simples reservas de lei (pressuposto para intervenções da Administração na liberdade e propriedade dos cidadãos), vigente na Europa continental no século XIX, até a 1ª experiência republicana germânica para sua natureza hodierna de “reservas de lei proporcional”.

7. O vínculo da administração pública aos direitos fundamentais revela-se junto ao exercício de sua discricionariedade. Quando a discricionariedade embasar-se em conceitos abertos ou indeterminados, esses desempenharão, junto à aplicação do Direito Administrativo em constelações tripolares, o mesmo papel que eles desempenham junto à atividade jurisdicional (cf. teses 10 a 12).
8. Não há que se distinguir entre ofensas constitucionais diretas e “meramente reflexas” para efeitos de prequestionamento em RE ou condição da ação direta de inconstitucionalidade. Tal distinção parte da má compreensão da relação entre Direito Constitucional e Direito Infraconstitucional. Deste universo dogmático há de se distinguir o problema da relevância constitucional de ofensas meramente legais, problema esse de difícil instrumentalização dogmática, dado o art. 37, *caput*, da CF. Em que medida qualquer ato administrativo ilegal fere o art. 37, *caput*, da CF, ensejando o seu amplo controle de constitucionalidade?
9. O vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais não se reduz à tradicional competência de declarar, expressa ou tacitamente, a inconstitucionalidade de norma (ainda que com eficácia *inter pars*, dentro do sistema difuso de controle normativo brasileiro), não a aplicando ao caso decidendo, mas se estende à atividade de interpretação de normas em tese constitucionais, cuja aplicação pode revelar-se inconstitucional, dada a condição da ignorância pelo juiz da relevância de normas de direito fundamental para o julgamento da relação jurídica privada, trazida a sua apreciação. No momento da interpretação e aplicação do Direito Infraconstitucional, revela-se, portanto, o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais.
10. Fundamento normativo infraconstitucional para a concretização do

vínculo é oferecido pelas chamadas regras ou cláusulas gerais, impregnadas de conceitos abertos ou indeterminados. Essas funcionam como elementos de comunicação entre o sistema normativo constitucional e o sistema infraconstitucional privatístico.

11. O vínculo do Judiciário pode ser traduzido como expressão da “interpretação orientada pelos ou conforme os direitos fundamentais” como espécie do gênero “interpretação conforme a constituição”. Enquanto esta refere-se à interpretação da norma infraconstitucional mais consoante com a constituição, tendo em vista evitar-se a declaração de sua inconstitucionalidade abstrata, aquela refere-se a uma interpretação de regras infraconstitucionais que, abstratamente, não se chocam contra dispositivos constitucionais, mas cuja aplicação pode ferir concretamente um direito fundamental de uma das partes litigantes.
12. O desenvolvimento da dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais, tal qual efetivado, principalmente, pela jurisprudência do TCF, que implica o vínculo específico do Judiciário aos direitos fundamentais mostra uma evolução da verificação da violação de direitos fundamentais, perpetrada especificamente pelo Judiciário, que vai da fórmula de “total ignorância” da eficácia pelo juiz do feito (*Decisão “Lüth”*), passando pela “insuficiência da observação” (*Decisão “Antena Parabólica”*), chegando à necessidade de se observar um dever de proteção ativa pelo Estado contra agressões a alguns direitos fundamentais partidas de particulares (*Decisão “Bürgerschaft”*). Esta última implica o enriquecimento do conceito de autonomia privada (abrangência de um aspecto positivo carecedor de tutela estatal jurisdicional).
13. A eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais (*mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*) não encontra respaldo na chamada dimensão ou no chamado caráter “objetivo” dos direitos fundamentais, e sim no vínculo do Judiciário aos direitos fundamentais. O caráter normativo-objetivo dos direitos fundamentais, ou seja, aquele que denota a norma de direito fundamental como regra de competência estatal negativa independentemente de intervenção ou violação concreta, é relevante para o controle abstrato. No controle concreto, vale o caráter jurídico-subjetivo clássico como fundamento da obrigação de omissão estatal em face de um exercício concreto

de uma das liberdades asseguradas. Nesse contexto, mesmo os chamados deveres estatais de tutela ou proteção ativa podem ser reconstruídos jurídico-subjetivamente.

14. Os conceitos abertos ou indeterminados tradicionais e os adicionados pela nova lei civil brasileira (sobretudo a novidade “função social do contrato”) servem como *sedes materiae* da dogmática da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais. Destarte, as regras gerais do art. 421, 422, 113 e 187 do novo Código Civil devem ser interpretados à luz das medidas ou parâmetros dos dispositivos do art. 5º e segs. da CF quando da configuração do caso puder ser depreendida a relevância da decisão judicial em face do exercício de um direito fundamental.
15. A observância pelo juiz da eficácia horizontal e portanto a prevenção de uma violação sua de direito fundamental passa necessariamente por sua compreensão do alcance da tutela constitucional especialmente dos comportamentos especificamente tutelados, do efeito prescrito e do sistema constitucional positivo.
16. A distinção entre regra e princípio não fomenta a criação de uma dogmática da eficácia horizontal dos direitos fundamentais e, por conseguinte, o rigor e racionalidade jurídicos, devendo ser, por isso, abandonada.
17. A recepção paulatina, pela doutrina brasileira da dogmática alemã da eficácia horizontal indireta dos direitos fundamentais trouxe consigo a discussão da chamada constitucionalização do Direito Privado. Novos conceitos abertos da lei civil, como a “função social do contrato”, contribuem para o fomento desta discussão. Vê-se notoriamente o processo de constitucionalização do Direito Privado no Brasil como um fenômeno em si positivo. Ignoram-se seus riscos. Dentre os quais, citem-se somente os mais graves: 1º) O comprometimento da autonomia do Direito Privado e 2º) A ineficácia material de normas do Direito Privado e do Direito Constitucional, provocada pela confusão entre medida e objetivo de controle.
18. “Boa-fé”, “probidade”, “usos” e “bons costumes”, todos esses conceitos abertos ou indefinidos podem representar “portas de entrada” das medidas ou parâmetros dos dispositivos constitucionais dos art. 5º e segs. da CF na solução da lide privada. Já a definição do “dano

moral” como ilícito representa, em primeira linha, o cumprimento, pelo legislador, do dever de proteção (tutela estatal), prescrito pelo art. 5º, X, da CF, vinculando, assim, o juiz somente indiretamente. O efeito horizontal de uma eventual liberdade colidente com o direito fundamental da personalidade pode resvalar, como novamente relevante, implicando o problema de difícil solução da colisão (concreta) de direitos fundamentais.

VII. Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, 3ª ed., Frankfurt: Suhrkamp, 1996.
- ————. “Grundrechte als subjektive Rechte und objektive Normen”. *Der Staat*, vol. 29, 1990, pp. 49/68.
- ————. “Verfassungsrecht und einfaches Recht – Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit”. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, vol. 61, 2002, pp. 7/32.
- ANSCHÜTZ, Gerhard. *Drei Leitgedanken der Weimarer Verfassung*, Berlin, 1923.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. *Revista do Direito Administrativo*, vol. 215, 1999, pp. 151/179.
- ————. *Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição de 1988*, vol. 1, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. “Grundrechte als Grundsatznormen”. *Der Staat*, vol. 29, 1990, pp. 1/31.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- BUMKE, Christian. *Der Grundrechtsvorbehalt – Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*. Baden-Baden: Nomos, 1998.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. “A influência dos direitos fundamentais sobre o Direito Privado na Alemanha”. In: SARLET, Ingo-Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2003, pp. 223/243.
- ————. *Grundrechte und Privatrechte*. Berlin: Duncker & Humblot, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “Dogmática dos Direitos Fundamentais e Direito Privado”. In: SARLET, Ingo-Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre 2003, pp. 339/357.

- ————. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Edit., 2001.
- ————. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2000.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- DREIER, Horst. *Dimensionen der Grundrechte - Von der Wertordnungsjudikatur zu den objektiv-rechtlichen Grundrechtsgehalten*. Hannover: Hennies & Zinkeisen, 1993.
- DÜRIG, Günther. "Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde – Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 19 Abs. 2 des Grundgesetzes". *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 81, 1956, pp. 117/157.
- FORSTHOFF, Ernst. "Tagespresse und Grundgesetz". *Die Öffentliche Verwaltung*, ano 1963, pp. 633/635.
- ————. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. 10ª ed., C.H. Beck: Munique, 1973.
- HESSE, Konrad. *Die normative Kraft der Verfassung*. Tübingen 1959.
- HÖFLING, Wolfram. "Kommentar zum Artikel 1 Grundgesetz". In: SA-CHS, Michael (org.). *Grundgesetz – Kommentar*. Munique: Beck Verlag, 2003, pp. 78/115.
- JELLINEK, Walter. *System der Subjektiven Öffentlichen Rechte*. 2ª ed., Berlin, 1919.
- KULL, Edgar. "Dienende Freiheit - Dienstbare Medien?" In: BADURA, Peter; Scholz, Rupert. *Festschrift für Peter Lerche zum 65. Lebensjahres: Wege und Verfahren des Verfassungslebens*. Munique: C. H. Beck, 1993, pp. 663/673.
- LERCHE, Peter. *Übermaß und Verfassungsrecht - Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und Erforderlichkeit*, 2ª ed., ampliada com uma nova introdução do autor. Munique e outras: C.H. Beck Verlag 1999.
- ————. *Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration*. Berlin: Duncker & Humblot, 1971.
- LÜBBE-WOLFF, Gertrude. *Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte: Struktur und Reichweite der Eingriffsdogmatik im Bereich staatlicher Leistungen*. Baden-Baden: Nomos-Verlag 1988.
- MARTENS, Wolfgang. "Grundrechte im Leistungsstaat". *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, ano 1972, pp. 7/41.
- MARTINS, Leonardo. *Die Grundrechtskollision*, Berlin: Dissertation - Humboldt-Universität, 2001.
- ————. "Proporcionalidade como critério do controle de constitucionalidade: Problemas de sua recepção pelo Direito e jurisdição constitucional brasileiros". *Cadernos de Direito da Unimep*, vol. 3, nº 5, 2003, pp. 15/45.

- ————. “Jurisdição e organização jurídica no Brasil e na Alemanha: uma breve visão panorâmica”. In: HOLLENSTEINER, Stephan (org.). *Estado e Sociedade Civil no Processo de Reformas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Lumen Juris, 2004 a, pp. 205/244.
- ————. “Crime organizado, terrorismo e inviolabilidade do domicílio: Sobre o controle de constitucionalidade de novas regras do Direito processual penal alemão e sua relevância para a interpretação do art. 5º XI CF”. *Revista dos Tribunais*, ano 93, vol. 824, 2004 b, pp. 401/437.
- ————. “Da distinção entre Regras e Princípios e seus problemas epistemológicos, metodológicos e teórico-jurídicos”. São Paulo, 2004 c (no prelo).
- ————. “Direito Fundamental à Propriedade e Tratamento Constitucional do Instituto da Propriedade Privada”. São Paulo, 2004 d (no prelo).
- MARTINS-COSTA, Judith. “Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil”. In: SARLET, Ingo-Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Livraria do Advogado Editora. Porto Alegre, 2003, pp. 61/85.
- MEDAUER, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 29ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª ed., rev. atualizada até as Emendas 41 (da Previdência) e 42 de 2003. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: O Controle Abstrato de Normas no Brasil e na Alemanha*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- ————. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*, 2ª ed., S. Paulo: Celso Bastos, 1999.
- NEUNER, Jörg. “O Código Civil da Alemanha (BGB) e a Lei Fundamental”. In: SARLET, Ingo-Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003, pp. 245/269.
- PESTALOZZA, Christian. *Verfassungsprozessrecht*. 3ª ed., Munique: Beck Verlag, 1991.
- PIEROTH, Bodo; Schlink, Bernhard. *Grundrechte - Staatsrecht II*, 16ª ed., Heidelberg: C.F. Müller-Verlag, 2000.
- PIOVESAN, Flávia. “A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos”. In: *Os Direitos Humanos e o Direito Internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 115/138.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*, vol. 3. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.
- POSCHER, Ralf. *Grundrechte als Abwehrrechte - Reflexive Regelung Rechtlich Geordneter Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002.

- ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Frabris Ed., 1999.
- SARLET, Ingo-Wolfgang. “Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso: Algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise”. *Revista do Instituto de hermenêutica Jurídica: (Neo)Constitucionalismo*, 2004, pp. 121/168.
- ————. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- SCHEUNER, Ullrich. “Pressefreiheit”. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, ano 1965, pp. 1/100.
- SCHLAICH, Klaus. *Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 3ª ed., Munique: Beck-Verlag, 1994.
- SCHLINK, Bernhard. *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot, 1976.
- ————. “Freiheit durch Eingriffsabwehr - Zur Rekonstruktion der klassischen Grundrechtsfunktion”. *Europäische Grundrechte-Zeitschrift*, ano 1984, pp. 457/468.
- SCHNUR, Rupert. “Pressefreiheit”. *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, ano 1965, pp. 101/159.
- SCHOLZ, Rupert. *Pressefreiheit und Arbeitsverfassung*. Berlin: Duncker & Humblot, 1978.
- SCHUPPERT, Gunnar Folke; BUMKE, Christian. *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung - Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des “einfachen” Rechts*. Baden-Baden: Nomos, 2000.
- SCHWABE, Jürgen. *Die sogenannte Drittwirkung der Grundrechte: Zur Entwicklung der Grundrechte auf den Privatrechtsverkehr*. Munique, 1971.
- ————. *Probleme der Grundrechtsdogmatik*. Darmstadt, 1977.
- SILVA, Virgílio Afonso da. “O proporcional e o razoável”. *Revista dos Tribunais*, vol. 798, 2002, pp. 23/50.
- ————. “Princípios e Regras: Mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, nº 1 (janeiro/junho de 2003), pp. 607/630.
- TAVARES, André R. *Curso de Direito Constitucional*, 2ª ed., revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2003.
- THOMA, Richard. “Einleitung”. *In: NIPPERDEY, Hans Carl. Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung*, vol. 1, Berlin: Duncker & Humblot, 1929, pp. 1/7.
- WAHL, Rainer. *Der Staat*, vol. 18, 1979, pp. 321/334.

Anotações sobre a responsabilidade civil na falência*

José Araldo da Costa Telles

JUIZ DO 1º TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL, MESTRE EM DIREITO E PROFESSOR DE DIREITO COMERCIAL

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias - 2. Plano do trabalho - 3. A responsabilidade civil do credor pelo pedido indevido de falência - 4. A responsabilidade civil do falido - 5. A responsabilidade civil da massa falida - 6. Responsabilidade civil do síndico - 7. Responsabilidade civil dos sócios por fraudes ou abusos na hipótese de falência da sociedade - 8. Responsabilidade de magistrados e integrantes do Ministério Público - 9. Conclusão - 10. Bibliografia - 11. Jurisprudência

1. Notas introdutórias

A falência constitui mecanismo legal com destinação bivalente. Pretende-se, de um lado, dar amparo ao empresário que, à primeira vista, foi infeliz na condução de seus negócios, e, de outro, resguardar os direitos dos credores, evitando-se que aquele, diante da contingência, acabe por desfazer-se de todos os seus bens, dilapidando o patrimônio em seu próprio proveito ou privilegiando determinados credores com que tenha maior afinidade.

* Trabalho apresentado no curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba no segundo semestre de 2002, atualizado para a vigência do novo Código Civil.

A execução coletiva — forma como também é chamada a falência —, assim, assume feição própria, diversa da denominada execução singular. A realização do ativo, pela venda patrimonial, não se destina ao pagamento de um credor em particular, mas de uma coletividade de credores, que devem receber tratamento igualitário na justa medida da igualdade classificatória de seus créditos. E, por essa sua gênese diferenciada, acabou sendo contemplada com legislação especial, que, às vezes, confere tratamento diferente das normas de direito comum a um mesmo conflito.

Destaca-se, para um primeiro realce de tal especialidade, a destinação do instituto a um determinado segmento da sociedade: o empresário. A disposição introdutória do Decreto-lei nº 7.661/45 indica precisamente sua destinação, se considerado o art. 2.037 do Código Civil que acaba de entrar em vigor: Considera-se falido o comerciante...

Realmente, inspirado na teoria dos atos do comércio, o legislador de 1945 conferiu a exclusividade da falência e respectivo procedimento apenas ao comerciante, aí também compreendidos o industrial e os equiparados àquele por força de disposição legal, não estendendo sua aplicação aos que, mesmo de forma organizada e com determinado objeto, tivessem significativo peso na atividade econômica do País. Vale dizer, o segmento serviços, sob a perspectiva daquele diploma, estava excluído.

Essa última observação, válida, sem dúvida, para o regime do Código Comercial, já não ostenta veracidade absoluta diante da introdução, agora pelo direito positivo, da teoria da empresa, com o que, por expressas disposições legais, se excluíram da falência as sociedades simples e as cooperativas, que a essas se equiparam (cf. arts. 982, parágrafo único, e 1.044 do Código Civil de 2002).

Essa verdadeira especialidade com que se revestiu a lei de falências introduziu significados igualmente especiais a determinadas pessoas, entes, atividades e procedimentos, que carecem de precisa identificação para que se tenham claras as soluções de conflitos que resultem em responsabilidade civil contratual, ou extracontratual, derivada desse diploma legal ou de outros que convirjam para o seu âmbito.

Assim é que, num primeiro passo, deve-se assentar que a sentença de quebra representa um marco divisório nos direitos do devedor, nas suas relações jurídicas com os credores, com seus contratos e com seus bens. Até sua prolação, o que havia era a pré-falência, o estado de fato indicativo da falência,

embora ainda sem reconhecimento judicial, que apenas se opera com a decisão respectiva. E é de seus efeitos que se operam modificações, desde o primeiro momento, naquelas ligações antes referidas.

De fato, até a sentença, o requerido da falência — empresário ou sociedade empresária — pode ser identificado apenas como devedor. Decretada a quebra, opera-se fenomenal alteração em seus direitos, que ficam sensivelmente reduzidos, embora não extirpados no seu todo. Deixa de ser, então, o empresário devedor para ser, apenas, falido ou falida, conforme seja empresário ou sociedade empresária.

É importante realçar, de qualquer forma, como antes anotado, que, se sofre sensível redução de seus direitos, não os perde todos, conservando parte deles, como o direito de propriedade sobre o patrimônio, só extinto com a liquidação do ativo, e os de natureza processuais, expressamente indicados no art. 36 da lei especial.

Não obstante, por força do que dispõe o art. 40 do mesmo diploma legal, a partir do horário em que declarada a quebra — percebe-se a importância que se confere a tal requisito, constante do art. 14, II, da lei —, perde o falido a disponibilidade de seus bens, aí compreendidas a posse e a administração.

Mas, se essa parcela do domínio é destacada como meio de garantir a realização dos créditos que serão futuramente declarados, é preciso atá-la a algum ente, a alguma pessoa que possa exercer os mesmos poderes, ainda que com limitações, que se conferiam ao falido antes de ser assim reconhecido.

A decisão que decreta a quebra incumbe-se de solucionar tal impasse. De natureza declaratória, porque opera reconhecimento judicial de um estado — de falência — que preexiste à sua prolação, é também de natureza constitutiva porque dela emerge, além da figura do falido, o ente denominado massa falida.

Realmente, sem integração nas figuras de pessoa humana — pessoa física no CC de 2002 — ou pessoa jurídica, a massa falida pode ser identificada como um fenômeno de duração limitada, associação fortuita, no dizer de Carvalho de Mendonça,¹ que congrega interesses dos credores, e, nesse momento, será chamada massa falida subjetiva, às vezes revelando-se como continuação da

¹ *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1968, pp. 371/372.

pessoa do falido, às vezes considerada terceiro em relação a ele. Não congrega apenas os interesses dos credores, entretanto, porque a ela são transferidos os poderes de administração que antes se conferiam ao falido, formando, aí, o que Rubens Requião, com inspiração em Candian, chamou de patrimônio em separado e que também pode ser chamado de massa falida objetiva.²

A esse conjunto de bens e interesses é preciso dar, ao mesmo tempo, um administrador e um representante. E aí surge a figura do síndico, que deve ser escolhido dentre os maiores credores, ter residência ou domicílio no foro da falência, além de idoneidade moral e financeira reconhecidas (LF, art. 60).

Identificado por Pontes de Miranda como órgão de execução,³ a importância da atuação do síndico é enaltecida pela generalidade da doutrina porque é dela, sob a supervisão do magistrado, que, muitas vezes, depende o êxito na intenção legal de pagamento de todos os credores. E tanto se acentua tal importância que a Lei de Falências lhe confere inúmeras disposições, descrevendo minuciosamente seus direitos e obrigações.

Finalmente, é preciso registrar, porque podem responder por atos que resultem em danos, as figuras do magistrado, sob cuja supervisão se desenvolve o procedimento da execução coletiva, e do promotor de justiça, que atua para assegurar a repressão a crimes falimentares e para defender o interesse público e do crédito comercial.

De resto, a figura do credor que requereu a falência não pode ser olvidada porque também ele está sujeito a responder por atos que tenha praticado e que, na visão do legislador especial, mereçam reprimenda por causar danos concreta ou potencialmente.

2. Plano do trabalho

O legislador de 1945 não cuidou de condensar em um só capítulo todas as hipóteses que, na falência, poderiam ser tratadas à luz da responsabilidade civil. As disposições respectivas, assim, estão espalhadas pelo texto legal, algumas contemplando explicitamente a obrigação de indenizar (arts. 43, parágrafo único e 68), outras negando a possibilidade (art. 23, parágrafo único, III), e outras permitindo inferir a hipótese (art. 52).

² *Curso de Direito Falimentar*, p. 181.

³ *Tratado de Direito Privado*, vol. 28, p. 5.

A partir dos elementos fornecidos pelas notas introdutórias, assim, e considerando-se o texto legal, far-se-á análise das diversas hipóteses possíveis, apontando-se o dever ou não de indenizar, a motivação, o sujeito passivo etc.

3. A responsabilidade civil do credor pelo pedido indevido de falência

Estabelece o art. 20 da Lei de Falências que o requerimento formulado por dolo implicará o sancionamento do requerente, o que se fará na própria decisão que denegar a quebra, com a condenação no pagamento de indenização ao devedor, liquidando-se em execução de sentença.

Pressuposto do reconhecimento da obrigação de indenizar, parece claro, é o requerimento indevido de quebra e, mais que isso, a consciência do requerente, seja porque de fato o sabia, seja porque deveria sabê-lo, da absoluta impossibilidade de prosperar, agindo deliberadamente com o intuito de prejudicar.

Miranda Valverde enxerga em tal condenação verdadeira imposição de pena⁴ e, como tal, acaba concluindo pela desnecessidade de requerimento expresso do requerido.

Pela natureza da sanção — verdadeira pena —, também se conclui que a prova do prejuízo não é relevante para que seja imposta, já que houve um comportamento ilícito do agente.⁵ É o que também afirma o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, embora conclua, na hipótese concreta, não ter havido dolo.⁶ O prejuízo não precisa estar inteiramente realizado, adita Caio Mário,⁷ bastando a certeza de que se produzirá. De tal entendimento não comunga Carvalho de Mendonça, para quem deve-se fazer a prova do prejuízo, aplicando-se as regras do Direito comum.⁸ No mesmo sentido orientou-se o julgamento do E. Tribunal de Justiça de São Paulo em antigo aresto.⁹

⁴ *Comentários à Lei de Falências*, vol. I, p. 197.

⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, p. 28.

⁶ *RT*, vols. 760/358-360.

⁷ *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 40.

⁸ *Op. cit.*, vol. VIII, p. 359.

⁹ *Revista dos Tribunais*, vols. 425/81.

Haverá, por certo, alguma dificuldade na quantificação do valor a pagar. Nada, entretanto, insuperável, porquanto, ausente dano material, o moral, aí claramente presente, poderá ser objeto de arbitramento.

Casos há, entretanto, e não são poucos, em que não se evidencia o dolo do agente, mas seu agir culposo. Menos rigoroso, o legislador contemplou-os no parágrafo único do mesmo artigo 20 e explicitamente condicionou a imposição da indenização a pedido expresso do requerido, tanto que exigiu ação própria.

A literalidade do dispositivo permite, outrossim, concluir que, neste caso, a demonstração do dano, ainda que moral, é exigível porque há referência ao prejudicado, o que supõe prejuízo.

Em julgamento relativamente recente, considerou-se demonstrado o dano em hipótese de requerimento de falência, deduzido por empresa de *factoring* que não dispunha do comprovante de entrega de mercadorias e as duplicatas, embora protestadas, não estavam aceitas.¹⁰

As hipóteses do art. 20 da lei especial referem-se expressamente à sentença que denega a falência, concluindo-se, de qualquer forma, que o credor agiu com culpa, abuso ou dolo.

E, se o pedido, além de infundado, der margem ao decreto de quebra? Examinado o diploma legal antes referido, ver-se-á que não contém qualquer disposição sobre o assunto, pelo que a indenização há de provir da aplicação do art. 186 do Código Civil vigente, cabendo ao requerente da demanda indenitária comprovar a culpa ou dolo do credor e seu efetivo prejuízo, admitindo-se, inclusive, tenha concorrido para o resultado o que figurou como devedor na ação falimentar.¹¹

É possível ação regressiva da sociedade contra o preposto que deu causa à demanda?

A resposta é positiva,¹² valendo lembrar a incidência do art. 1.521, III, em combinação com o art. 1.524, todos do Código Civil de 1916¹³ ou 932, III, e 934 do Código Civil de 2002.

¹⁰ *Revista dos Tribunais*, vols. 763/244-247.

¹¹ *Revista dos Tribunais*, vols. 743/270-272.

¹² VALVERDE, Miranda, *op. cit.*, p. 198.

¹³ CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil. Responsabilidade Civil*, vol. 3, São Paulo: RT, p. 110

4. A responsabilidade civil do falido

Pelas peculiaridades do instituto, já se percebeu, ao ser decretada a quebra, transferem-se à massa falida, por força mesmo do deslocamento da posse e administração dos bens, obrigações que, naturalmente, seriam do falido. Isto, em regra, ocorre também com a obrigação de indenizar. Nesse sentido, a lição de Aguiar Dias: *“Assim como o crédito reparatório do prejuízo pecuniário anterior se integra na arrecadação e fica pertencendo à massa, assim também a dívida de reparação do dano anterior entra na massa.”*¹⁴

Não obstante, hipótese há que configura verdadeira indenização e que não se transmite à massa falida.

De fato, nega-se aos credores com crédito decorrente de pena pecuniária por infração a leis administrativas a possibilidade de reclamá-lo na falência. É o que consta do art. 23, parágrafo único, III, do Decreto-lei nº 7.661/45.

Pena pecuniária, no caso, tem o sabor de multa e pode ser identificada como imposição decorrente de infração à lei — administrativa ou fiscal — com conseqüente dano, que é presumido, tornando-se devida independente de culpa ou dolo do infrator.¹⁵ Essa é a orientação preconizada por Paulo de Barros Carvalho, que identifica, na multa de mora, a predominância do intuito indenizatório,¹⁶ com o que não comunga Pontes de Miranda.¹⁷ De qualquer modo, esse debate revela-se estéril ante a pacífica orientação da Suprema Corte e que se condensou nas Súmulas 192 e 565, revogada a de nº 191: quaisquer penas pecuniárias por infração a leis penais e administrativas não podem ser reclamadas na falência.

A causa da intransmissibilidade de crédito dessa natureza não é difícil de alcançar. Como pena, embora signifique, em verdade, indenização por dano presuntivamente causado, não pode ultrapassar a figura do transgressor. E acabaria recaindo sobre os credores se fosse admitida na falência.¹⁸

Daí surge uma questão interessante: a quebra provoca a anistia e conseqüente desaparecimento de tal imposição?

¹⁴ *Da Responsabilidade Civil*, vol. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 508.

¹⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: RT, 1979, p. 171. Confira-se, no mesmo sentido: NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 208/209.

¹⁶ *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 350.

¹⁷ *Op. cit.*, vol. 28, p. 197.

¹⁸ NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2004, p. 182.

A resposta há de ser negativa porque não teria sentido tal forma de benefício sem que houvesse expressa previsão legal. Demais disso, a falência não equivale necessariamente à morte jurídica do empresário, que pode apenas enfrentar período transitório de interdição de direitos. Conserva, assim, a obrigação de cumprir a pena que lhe foi imposta. Como, todavia, naquele momento encontrar-se-á despojado de seus bens e impossibilitado de continuar exercendo a atividade, é, na prática, inviável tal execução. Nada impede, entretanto, que venha a ser distribuída no futuro, observando-se a suspensão da prescrição como um dos efeitos da sentença de quebra (art. 47).

E nem se poderá argumentar que não se trate de responsabilidade civil porque esta pode ser identificada onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, consoante magistério de Caio Mário.¹⁹

A inadmissibilidade de reclamação de tais penas, no entanto, restringe-se às impostas antes da falência, porque as que decorrem da atuação da massa falida classificam-se como seus encargos e devem ser pagas antes mesmo que os credores comuns:

“Se a empresa falida continuou exercendo sua atividade econômica, de tal sorte que praticou ato de poluição em curso d’água, pondo em risco a saúde pública, a responsabilidade pela infração praticada é da massa, que tem em sua administração o síndico.”²⁰

5. A responsabilidade civil da massa falida

Como antes mencionado com escólio na lição de Aguiar Dias, todas as ações de indenização que, não fosse a falência, seriam intentadas contra o falido podem ser propostas contra a massa falida.

Em destaque, sobre o tema, num primeiro exame, o disposto no art. 43, parágrafo único, da lei especial. O *caput* trata de estabelecer regra taxativa: a superveniência da quebra não acarreta, de forma automática, o rompimento do contrato bilateral. Cabe ao síndico o exame da conveniência de prosseguir

¹⁹ *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 11.

²⁰ *Revista dos Tribunais*, vols. 595/124.

com o trato. De sua inércia, entretanto, pode ser despertado por interpelação do outro contratante, a quem caberá, pela negativa ou continuado silêncio, direito a indenização, cujo montante, apurado em ação própria, constituirá crédito quirografário.

Trata-se, à evidência, de responsabilidade civil de natureza contratual e tem como objetivo o combate ao enriquecimento sem causa, que, por certo, haveria, não estivesse a massa obrigada a indenizar danos que a inconveniência de se dar execução à avença provoca.

Essa disposição foi aplicada, *v.g.*, pelo Superior Tribunal de Justiça quando examinou hipótese de contratação, antes da quebra da falida, para a fabricação de determinado bem, havendo adiantamento de parte do pagamento. Resolvido o contrato por força da impossibilidade de lhe dar cumprimento, concluiu-se que a hipótese não era de restituição do numerário, nos termos do art. 76 da Lei de Quebras, nem de venda a prestações (art. 44, III), mas de singela devolução do que recebido, mas como dívida do falido, sem prejuízo de eventual indenização.²¹

Parece claro, de outro lado, que eventual cláusula penal de natureza compensatória, que tem características de fixação antecipada dos eventuais prejuízos,²² pode igualmente ser exigida da massa falida na medida em que substituirá a indenização a que se refere o parágrafo único em análise.

Da disposição ainda podem emergir outras questões interessantes.

Suponha-se, com efeito, que o falido, antes da quebra, tivesse contratado seguro, cumprindo disposição constante do pacto locatício, e estava a pagar as parcelas do prêmio quando de seu patrimônio foi desapossado. O imóvel locado, por seu turno, era antigo, com fiação elétrica desgastada. Mesmo assim, fazendo uso da alternativa que lhe concede a lei, o síndico resolveu não dar seqüência ao contrato de seguro, manifestando explicitamente essa sua intenção. Em sentido oposto, considerando o baixo valor dos alugueres, manifestou-se pela continuidade da locação do imóvel, onde, aliás, estava alojada a maior parte do acervo patrimonial móvel da massa. Lamentavelmente, eclode incêndio e destrói o prédio locado e a parte do patrimônio arrecadado.

²¹ Resp. nº 6.658/SP, rel. min. Eduardo Ribeiro, j. 10.06.91.

²² MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 1ª parte, São Paulo: Saraiva, 1965, pp. 220-221.

Neste caso, em face do pretérito rompimento do contrato de seguro, fica afastada a indenização que poderia advir desse pacto.

Contra a massa falida, por seu turno, poderia o locador ajuizar demanda indenizatória e nem precisaria demonstrar culpa, que é presumida.²³ E também poderia fazê-lo contra o síndico, provando a negligência, uma vez que, apesar da faculdade que parece encerrar o parágrafo único do art. 43 da LF, era previsível a ocorrência e o rompimento do contrato de seguro impediu a pronta indenização decorrente do sinistro. Aplica-se, aqui, o disposto no art. 68, parágrafo único, da LF, como se verá adiante.

Em outra hipótese, pode-se supor que, no contrato de seguro, haja previsão de rompimento da avença pela superveniência da quebra. Tendo sido paga uma parcela apenas do prêmio, sobrevém a falência e a seguradora recusa-se ao recebimento das prestações restantes. Antes mesmo de se articular ação consignatória, eclode violento incêndio, que destrói prédio e acervo da massa falida. Poderá, esta, buscar a indenização tarifada?

A resposta deve ser positiva. Realmente, apesar da doutrina não se revelar unânime,²⁴ tem-se claro, até pela redação taxativa da disposição legal, que não se opera a resolução do contrato, em face da quebra, pela incidência de cláusula com esse teor. Nem teria sentido que assim não fosse porque nenhum o motivo para o rompimento.

Outra hipótese de obrigação de indenizar conferida à massa falida pode ser destacada do art. 44, II, da LF. O que aí se contempla é a possibilidade de o adquirente de coisas compostas, não havendo conveniência de se dar cumprimento à avença, colocar à disposição as já recebidas, pleiteando perdas e danos. Tenha ou não pago parte do preço, mesmo com manifestação de disponibilidade dos bens, poderá o comprador retê-los para ver-se indenizado.²⁵

Interessante observar que, no caso de ações revocatórias (arts. 52 e 53), não se transfere à massa a obrigação de indenizar aquele que tenha sofrido prejuízos pelo agir do falido antes da quebra.

De fato, no caso da ação revocatória com fundamento em um dos incisos do art. 52 da LF, vê-se que o acolhimento provoca a restituição das relações

²³ Ap. c/Rev. nº 608.956-00/4, rel. juiz Vanderci Álvares, j. 5/6/01, 2º TACSP.

²⁴ REQUIÃO, *op. cit.*, pp. 192/193; Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p.462; Sampaio Lacerda. *Manual de Direito Falimentar*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978, p. 176.

²⁵ VALVERDE, Miranda. *Op. cit.*, vol. I, p. 332.

jurídicas ao estado anterior e isso se dá independentemente de má-fé do adquirente, seja ou não intenção do alienante fraudar credores. Aí, quando houver vantagem para a massa, cumpre-lhe a devolução do que recebeu para contornar o enriquecimento sem causa. Trata-se, pois, de mera devolução, e não indenização.

Indenização haverá, todavia, com o mesmo fundamento, se houver acréscimo de benfeitorias necessárias e úteis a imóvel que tenha sido objeto da demanda, cumprindo, neste caso, como dívida da falência.²⁶

Finalmente, a todo tempo, poderá o terceiro de boa-fé acionar o falido, havendo dele perdas e danos (art. 54, § 3º).

Adita Ricardo Negrão, nesse ponto, que a demanda poderá ser proposta contra o administrador, o sócio-gerente ou o diretor que, com culpa ou dolo, tenha realizado o ato. *“Provada a culpa, a execução recairá sobre seus bens particulares.”*²⁷

6. Responsabilidade civil do síndico

Entre os artigos 62 e 67, o Decreto-lei nº 7.661/45 estabeleceu minuciosamente, como já anotado, direitos e deveres do síndico. E culminou, no art. 68 e parágrafo único, com sua explícita responsabilização em caso de prejuízos que sua atuação causar à massa, seja pela má qualidade, seja por infringir disposições da lei.

A regra geral que se examina tem forte proximidade com os requisitos estabelecidos no art. 186 do Código Civil vigente. Causando prejuízo por culpa ou dolo, ficará o síndico sujeito a ação indenizatória e, na hipótese de haver mera transgressão à lei, sem o correspondente prejuízo, apenas sujeitar-se-á à penalidade correspondente, normalmente a destituição.

O prejuízo, lembra Miranda Valverde,²⁸ deve ser atual, certo, afetando a massa falida, interessando tanto ao falido como aos credores.

Por isso é que, enquanto não encerrado o procedimento, compete exclusivamente ao novo administrador promover a demanda, enquanto aos credores

²⁶ EDREsp. nº 23.961/SP, rel. min. Sálvio de Figueiredo, j. 29/02/96.

²⁷ *Op. cit.*, p. 419.

²⁸ *Op. cit.*, vol. II, pp. 12/13.

e ao falido resguarda-se unicamente a possibilidade de reclamar a destituição do síndico faltoso.²⁹

Com o encerramento da falência, porém, que provoca o desaparecimento conseqüente da massa falida, a legitimidade ativa transfere-se ao Ministério Público, aos credores que se considerem lesados e ao próprio falido.

Essa última possibilidade foi reconhecida pelo C. Superior Tribunal de Justiça em hipótese de desídia do síndico na fiscalização de leilão de bens penhorados em execução fiscal da Fazenda Nacional. Vendidos os bens por preço vil, encerrada a falência, deve ser acionado o ex-síndico.³⁰

Já se admitiu, no entanto, que também o Estado deva responder pela inação do síndico, que, no caso concreto, era dativo, porque exerce um *munus* público que lhe é atribuído pelo Poder Judiciário. Assim, no raciocínio do voto condutor, comprovado o prejuízo e onexo causal, o Estado indeniza e volta-se, regressivamente, contra o causador do dano.³¹

O legislador, por outro lado, não assegurou imunidade ao síndico pelo simples fato de ter agido com autorização do juiz ou ter suas contas aprovadas. Em duas hipóteses tais fatos não terão qualquer importância: quando não ignorar prejuízo que do seu ato possa resultar para a massa ou quando infringir dispositivo da lei.

Examinemos as hipóteses.

No primeiro caso, escreve Miranda Valverde,³² não se prescinde do dolo ou culpa. Vale dizer, é preciso que o administrador tenha consciência de que seu ato possa acarretar o prejuízo de que cogita a lei. Aí se enquadra, como exemplo, a questão desenhada no tópico anterior e que tratava do síndico que rescindira a avença com a seguradora, apesar da fiação antiga e desgastada, eclodindo incêndio que destruiu prédio locado e parte da massa objetiva que se encontrava no seu interior. O agir pautou-se pela legalidade, já que era do exclusivo arbítrio do síndico dar ou não continuidade ao contrato bilateral (art. 43, *caput*). Era previsível, no entanto, diante das circunstâncias, que houvesse o incêndio provocado por curto-circuito da desgastada fiação. Houve, de qualquer forma, o dano, já que, mesmo havendo patrimônio suficiente

²⁹ REQUIÃO. *Op. cit.*, p. 260.

³⁰ REsp. nº 79.283/RS, rel. min. Ari Pargendler, j. 18/11/97.

³¹ *Revista dos Tribunais*, vols. 732/228-230.

³² *Op. cit.*, vol. II, p. 13.

para o pagamento de todos os credores, inclusive dos proprietários do prédio, o falido se empobreceu porque, não houvesse o desembolso provocado pelo sinistro, concretamente poderia haver sobra que o favorecesse.

A última parte do mesmo parágrafo dispensa o agir doloso ou culposo. Basta a infração à lei e o conseqüente prejuízo.³³

7. Responsabilidade civil dos sócios por fraudes ou abusos na hipótese de falência da sociedade

Caio Mário da Silva Pereira, em acréscimo aos originais de sua obra, sustenta que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade acrescenta capítulo novo ao ensinamento da responsabilidade civil porque o que se vai buscar é o ressarcimento do dano causado pelo agir dos sócios com o anteparo da inconfundibilidade de sua figura com a da pessoa jurídica por ele integrada.³⁴ Fábio Ulhoa Coelho, de seu turno, depois de registrar a existência das formulações objetiva e subjetiva na doutrina nacional, acrescenta que esta deve ser adotada para circunscrever as situações em que possa ser aplicada, atuando aquela como meio de facilitar a prova do alegado.³⁵

De qualquer forma, a *ratio legis* do Direito positivado está assentada na prática da fraude, representada pela confusão patrimonial, ou abuso por parte dos sócios, e isso pode ser identificado tanto no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, precursor de sua aplicação, como no art. 50 do Código Civil de 2002.

Especificamente na falência, têm proliferado os indicativos de que não há tratamento diverso dispensado a tais integrantes das pessoas jurídicas falidas. Em hipótese decidida pelo E. Tribunal de Justiça de São Paulo, considerou-se possível e legítima tal decisão, no caso, tomada de ofício pelo magistrado.³⁶ Em outra, decidiu-se no mesmo sentido, embora houvesse requerimento formulado pelo liquidante de instituição financeira.³⁷ Convém realçar, de resto, que a mesma desconsideração pode estender

³³ MIRANDA, Pontes. *Op. cit.*, vol. 29, p. 47.

³⁴ *Op. cit.*, p. 125.

³⁵ *Curso de Direito Comercial*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2002, pp. 43-44.

³⁶ *Revista dos Tribunais*, vols. 754/271-274.

³⁷ *Revista dos Tribunais*, vols. 770/243-244.

a responsabilidade a outra empresa, desde que, é lógico, haja a ligação entre elas de tal forma intensa que permita inferir fraude ou abuso.³⁸

8. Responsabilidade dos magistrados integrantes do Ministério Público

Embora sem aludir expressamente à responsabilidade civil dos magistrados e membros do Ministério Público, o legislador cuidou do assunto ao aditar tipo penal em que os integrantes de ambas as categorias, tendo, evidente, atuado no respectivo feito falimentar, possam estar incurso. Trata-se do art. 190 da Lei de Falências, em que se reprime a prática de aquisição de bens da massa, de forma direta ou indireta, assim como especular, com fito de lucro, em relação a eles.

Neste caso, para que haja a obrigação de indenizar, é preciso que se comprove o dano, que não é presumido.

9. Conclusão

Como visto, embora o legislador não tenha cuidado de explicitar, em um único capítulo, todas as hipóteses em que se pode reconhecer responsabilidade civil na falência, inúmeras são as que se encontram aí contempladas e que vão desde o dano presumido, decorrente da singela infração à lei, até o dano concreto, dependente de prova e do agir culposos do agente.

Identificam-se, igualmente, inúmeras possibilidades de posicionamento ativo ou passivo dos órgãos da falência, do falido, do credor e do estado, valendo salientar que, em pelo menos um caso, o agir de acordo com a lei e aprovação do juiz não isenta o agente da obrigação de indenizar, caso não tenha previsto, quando seria isso possível, o dano que acabou por se concretizar.

10. Bibliografia

- ————. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada*, São Paulo: Saraiva, 2000.

³⁸ *Revista dos Tribunais*, vols. 785/219-221.

- ABRÃO, Nelson. *Curso de Direito Falimentar*, São Paulo: Saraiva, 1978.
- BEZERRA FILHO, Manoel Justino. *Lei de Falências Comentada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1980.
- CHAVES, Antonio. *Tratado de Direito Civil. Responsabilidade Civil*, vol. 3, São Paulo: RT.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*, vols. 2 e 3, São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*, 2 volumes, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- LACERDA, J. C. Sampaio. *Manual de Direito Falimentar*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1978.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo: RT, 1979.
- MENDONÇA, J. X. Carvalho de. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VII, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, vols. 28 e 29. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1960.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil. Direito das Obrigações*, 1ª parte, São Paulo: Saraiva, 1965.
- NEGRÃO, Ricardo. *Manual de Direito Comercial*, vol. 3, São Paulo, Saraiva, 2004.
- NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Curso de Direito Tributário*, São Paulo: Saraiva, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Falimentar*, 1º vol., São Paulo: Saraiva, 1998.
- TZIRULNIK, Luiz. *Direito Falimentar*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*, 3 vols., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

11. Jurisprudência

- Ap. c/Rev. nº 608.956-00/4 – www.stac.sp.gov.br.
- EDREsp. nº 23.961/SP – www.stj.gov.br.

- REsp. nº 6.658-SP – www.stj.gov.br.
- REsp. nº 79.283/RS – www.stj.gov.br.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 425/81.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 595/124.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 732/228-230.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 743/270-272.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 754/271-274.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 760/358-360.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 763/244-247.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 770/243-244.
- *Revista dos Tribunais*, vol. 785/219-221.

Ação rescisória: cabimento

João Batista Amorim de Vilhena Nunes

JUIZ DE DIREITO, PROFESSOR E MESTRANDO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL
NA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO (USP)

SUMÁRIO: 1. Ação rescisória no Direito romano - 2. Ação rescisória no Direito estrangeiro - 3. Ação rescisória no Direito brasileiro - 4. Objeto da ação rescisória, sua *causa petendi* - 5. Hipóteses legais de cabimento: os arts. 352, inc. II; 485, incs. I a IX; e 1.030, do Código de Processo Civil - 6. Conclusão - 7. Bibliografia.

1. Ação rescisória no Direito romano

O Direito romano não contemplava a ação rescisória com os contornos que hoje essa possui.

No período das ações da lei (*legis actiones*), em verdade, as sentenças não eram atacáveis por recurso, muito menos por outra ação autônoma, nos moldes da rescisória.

No período formulário, de outro lado, já se concedia tanto ao autor como ao réu a possibilidade de impugnar a sentença nula, não propriamente com o manejo de um recurso, porém, com medidas excepcionais como a *intercessio*, a *revocatio in duplum* e a *restitutio in integrum*,¹ sendo

¹ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, pp. 374-375.

que, nessa última, alguns vislumbram a origem² mais remota da ação rescisória.³

A *restitutio in integrum* era mecanismo que propiciava à parte que se sentisse prejudicada, por ocasião da execução da sentença, deduzir pleito para que as coisas, na sua integralidade, tornassem ao estado em que se achavam antes do julgamento, o que correspondia a uma absoluta anulação do ato executado.⁴ Era, na definição de Othon Sidou, “...o instrumento por meio do qual o pretor se socorria de muitos modos aos que, por condescendência ou leviandade próprias, ou por engano, medo ou astúcia, ou ainda por motivo de menoridade, foram em algo prejudicados (D., 4.1.1)”⁵ Caracterizava-se a *restitutio in integrum* como via extraordinária, baseada na equidade, concedida pelo pretor para que se pudesse afastar eventual lesão contra a qual inexistisse recurso ordinário (Digesto, 4.4.16).⁶

Era de cunho declaratório a natureza da sentença proferida na *restitutio in integrum*, porquanto se confundia a nulidade (*nullum*) com a própria inexistência do julgado impugnado (*nulla sententia*). A nulidade da decisão somente se configurava se houvesse *error in procedendo*.⁷

Inobstante pudesse o magistrado (pretor) conceder a *restitutio in integrum* em outras situações que não as taxativamente elencadas no *edictum* (edito),⁸ normalmente havia previsão de cabimento daquela em razão das seguintes causas: a) *ob aetatem* (por causa da idade), *ob absentiam* (por causa da ausência), *ob capitis deminutionem* (por causa de *capitis deminutio*), *ob errorem* (por

² Consta ter origem em rescrito do imperador Adriano (séc. II), recolhido no Digesto (42.1.33), a impugnação de decisão com trânsito em julgado, desde que fosse essa baseada em testemunho ou documento falso. Cf. SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, pp. 44, 67 e 328; MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, p. 109; COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 275.

³ FERREIRA, Pinto. *Teoria e Prática dos Recursos e da Ação Rescisória no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988, p. 244.

⁴ CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, pp. 375 e 377.

⁵ *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 43.

⁶ COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 242.

⁷ Cf. SANCHES, Sydney. “Ação rescisória por erro de fato”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 1º bimestre, jan.-fev., São Paulo: Lex, 1981, vol. 68, p. 14; VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*, São Paulo: Saraiva, 1948, p. 19.

⁸ O edito (*ius edicendi*) era facultativamente promulgado pelo magistrado no princípio do ano em que assumisse a magistratura, tendo por conteúdo os meios pelos quais o particular poderia obter a tutela do seu direito, cf. ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 23. A respeito ver também MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 19; ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*, São Paulo: RT, 2000, pp. 61-62.

causa de erro), *ob metum* (por causa de coação), *ob dolum* (por causa de dolo) e *ob fraudem creditorum* (por causa de fraude contra credores).⁹

O prazo para exercer-se o direito à *restitutio in integrum* era de “...um ano útil, a contar, ... da data em que fosse possível a solicitação da providência (assim, por exemplo, quando o menor se tornasse maior; quando o ausente retornasse; quando o dolo fosse descoberto)”.¹⁰

Apenas no período do Império, com a instauração da *extraordinaria cognitio* (juízo unificado), é que veio a lume o recurso ordinário denominado *appellatio*, o qual, muito embora não servisse para impugnar sentenças interlocutórias ou preparatórias, podia ser interposto contra qualquer sentença definitiva ou terminativa,¹¹ possuindo efeitos devolutivo e suspensivo.¹²

Finalmente, pois, viabilizou-se a busca da reforma de sentença que contivesse *error in iudicando*.¹³ Pertinente, aqui, entretanto, a observação que sobre isso faz José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que a apelação passou a se desenvolver “...como um meio de ataque contra a sentença injusta, não contra a processualmente defeituosa, embora se ensine que às vezes o recurso era usado para obter a declaração de uma nulidade”.¹⁴

Nesse mesmo período, pelo fato de a *restitutio in integrum*¹⁵ se fundar estritamente na lei, e não mais no *imperium* do magistrado, como o era no período formular antes comentado, apenas com base nas hipóteses constantes de modo expresso do ordenamento é que se podia requerer a concessão daquela medida, enquanto ao juiz, tendo esse verificado a subsunção do pedido à norma, restava apenas proferir sentença acolhendo o pleito de retorno ao *status quo ante*.

Por fim, inobstante não seja figura proveniente do Direito Romano,

⁹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 239.

¹⁰ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 239.

¹¹ ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, pp. 251-252.

¹² CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 375; ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 252; SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 50.

¹³ SANCHES, Sydney. “Ação rescisória por erro de fato”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 1º bimestre, jan.-fev., São Paulo: Lex, 1981, vol. 68, p. 14.

¹⁴ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 101.

¹⁵ A *restitutio in integrum*, aqui, é tomada como via recursal excepcional, cf. CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de Direito Romano*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970, p. 383. A propósito ver ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I, p. 255, que parece não ter a mesma idéia, pois continua a referir a *restitutio in integrum* como ação; bem como ainda SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, pp. 43-44.

conveniente mencionar a existência no Direito Canônico de outro meio específico de insurgência contra a sentença viciada: a *querela nullitatis*.

Esta, a qual “...remonta à *exceptio nullitatis das Decretais e à actio nullitatis do Direito Processual Medieval*”, se qualificava como sanável (*sanabilis*), que se sanavam pelo simples decurso do tempo, tendo certa correspondência com os recursos, ou insanável (*insanabilis*), que se podiam alegar mesmo depois do prazo, agindo como fator “...de mitigação da força da coisa julgada”.¹⁶

Este remédio servia para tratar dos *errores in procedendo*, para escoimar a sentença dos defeitos de atividade a que alude Piero Calamandrei.¹⁷ Era medida assemelhada à *appellatio*, interposta no juízo *a quo* para oportuna remessa ao juízo *ad quem*. A não interposição da *querela*, no prazo previsto para tanto, ensejava que a sentença viesse a se tornar coisa absoluta e definitiva.¹⁸

2. Ação rescisória no Direito estrangeiro

Na alta Idade Média (séc. XI-XII), da combinação que se fez do Direito Romano com o Direito Canônico, surgiu uma modalidade de procedimento misto, chamado processo comum ou ítalo-canônico,¹⁹ no qual se viram preservadas a apelação (*appellatio*) e a *restitutio in integrum*.

Decaía-se, então, do direito à *restitutio in integrum* no prazo de quatro anos, tendo este seu termo inicial na data da prolação da sentença.²⁰

Com as mesmas características que a *restitutio in integrum*, na França, em 1273, estabeleceu-se a *supplicatio*. Tal medida permitia que o vencido se reportasse diretamente ao rei tendo prova da ocorrência de erro do julgamento, sendo certo que cabia apenas em face de sentenças contra as quais vedado estivesse o exercício da apelação.

Posteriormente, fez-se editar a *Ordonnance* de 23 de março de 1302, a

¹⁶ Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 233; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*, São Paulo: RT, 2003, pp. 184 e 210.

¹⁷ *Direito Processual Civil*, Campinas: Bookseller, 1999, vol. III, p. 252.

¹⁸ VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da Ação Rescisória dos Julgados*, São Paulo: Saraiva, 1948, p. 26; SANCHES, Sydney. “Ação rescisória por erro de fato”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 1º bimestre, jan.-fev., São Paulo: Lex, 1981, vol. 68, p. 15.

¹⁹ SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 78.

²⁰ COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 247.

qual em seu texto permitia a revogação de sentenças por ambigüidade ou por conterem erros.

Luiz XIV promulgou, em abril de 1667, *Ordonnance* discriminando as hipóteses (em número de oito) autorizadoras da interposição do *requête civile* (revista), cuja forma de recurso extraordinário, que acabou por ser incorporada ao Código de Processo Civil francês em 1806 (art. 480 – dez hipóteses), foi concebida na *Ordonnance* de fevereiro de 1556.

No lugar do *requête civile*, pelo Decreto nº 75 – 1.123, de 5 de dezembro de 1975, instituidor do novo *Code de Procédure Civile*, foi criado recurso intitulado “*Le recours en révision*”, o qual tem como escopo fazer retratar um julgamento transitado em julgado, para que a matéria de fato e de direito seja novamente decidida (art. 593).²¹ As causas autorizadoras desse recurso foram reduzidas para quatro (art. 595).²² Seu prazo de interposição é de dois meses, a contar da data em que a parte que invoca a causa de *révision* teve desse motivo justificador conhecimento (art. 596).

No Direito alemão, a *Zivilprozessordnung* (ZPO), em seus §§ 579 e 580, previa a possibilidade de se impugnar a sentença viciosa transitada em julgado com o manejo de duas ações: a ação de nulidade e a ação de restituição. Essas medidas têm raízes no processo do direito comum, correspondendo a ação de nulidade à *querela nullitatis* e a segunda, à *restitutio in integrum*.²³ Contudo, na reforma de 1975, passou o sistema mencionado a contar com uma única via de impugnação, conforme teor do § 163 daquele Diploma legal, a *Wiederaufnahme des Verfahrens* (revisão do procedimento).

Na Itália, a medida mais assemelhada com a rescisória é a *revocazione*.²⁴

Antes mesmo da unificação italiana, o Código de Processo Civil do Reino

²¹ Texto original: “*Le recours en révision tend à faire rétracter un jugement passe en force de chose jugée pour qu’il soit à nouveau statué en fait em droit.*”

²² A saber: “1. *S’il se révèle, après le jugement, que la décision a été surprise par la fraude de la partie au profit de laquelle elle a été rendue; 2. Si, depuis le jugement, il a été recourré des pièces décisives qui avaient été retenues par le fait d’une autre partie; 3. S’il a été jugé sur des pièces reconnues ou judiciairement déclarées fausses depuis le jugement; 4. S’il a été jugé sur des attestations, témoignages ou serments judiciairement déclarés faux depuis le jugement.*”

²³ COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 270.

²⁴ Ver a respeito CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*, São Paulo: ClassicBook, 2000, vol. III, pp. 846-863. No Direito italiano, a exemplo do francês (ao contrário do alemão e do austríaco, que conhecem ainda uma ação de nulidade), só se incorporou a *restitutio in integrum* (Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 322).

de Nápoles, em seus arts. 544 e segs., já abordava o tema da revogação das sentenças.²⁵

Ao depois, em 1854, foi editado o Código de Processo Civil para os Estados Sardos, o qual tratou da *domanda per revoca de sentenza* (art. 592). Esse sofreu reformas (1859) e acabou servindo de base para o texto do Código de Processo Civil do Reino da Itália (1865).²⁶

Atualmente a matéria é cuidada no art. 395, do *Codice di Procedura Civile*, tendo a *revocazione* natureza jurídica recursal.²⁷ Inobstante possa se apresentar como ação autônoma, como anota Giuseppe Chiovenda, a lei italiana trata mesmo a *revocazione* como um meio de recurso.²⁸

Andrea Proto Pisani define a *revocazione* como sendo “...un mezzo di impugnazione a motivi limitati, il quale si atteggia quale impugnazione ordinaria (art. 395 nn. 4 e 5) o straordinaria (art. 395 nn. 1, 2, 3, 6 nonché art. 397 nn. 1 e 2 su cui v. infra V) a seconda che i motivi per cui può essere proposta siano <<palesi>>, cioè conoscibili dalla parte sin dal momento della pubblicazione della sentenza, o invece siano <<occuliti>>, cioè conoscibili dala parte solo a seguito della scoperta di fatti in procedenza non conosciuti”.²⁹

Por seu turno, Crisanto Mandrioli, depois de também esclarecer tratar-se a *revocazione* de meio de impugnação de caráter excepcional, que se soma ou sobrepõe à série regular de impugnações constituídas pela apelação e pelo recurso de cassação, destaca ser tal recurso, substancialmente, “...un’impugnazione a critica vincolata, ma che, tuttavia, in quanto investe il giudizio di fatto sulla base di motivi che solo eccezionalmente implicano una nullità, coinvolge la

²⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 250.

²⁶ COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 250-251.

²⁷ São as seguintes as suas hipóteses de cabimento: “1) se sono l’effetto del dolo di uma delle parti in danno dell’altra; 2) se si è giudicato in base a prove riconosciute o comunque dichiarate false dopo la sentenza oppure che la parte soccombente ignorava essere state riconosciute o dichiarate tali prima della sentenza; 3) se dopo la sentenza sono stati trovati uno o più documenti decisivi che la parte non aveva potuto produrre in giudizio per causa de forza maggiore o per fatto dell’avversario; 4) se la sentenza è l’effetto di um errore di fatto risultante dagli atti o documenti della causa. Vi è questo errore quando la decisione è fondata sulla suposizione di um fatto la cui verità è incontrastabilmente esclusa, oppure quando è supposta l’inesistenza di um fatto la cui verità è positivamente stabilita, e tanto nell’uno quanto nell’altro caso se il fatto non constitui um punto controverso sul quale la sentenza ebbe a pronunciare; 5) se la sentenza è contraria ad altra precedente avent fra le parti autorità di cosa giudicata, purchè non abbia pronunciato sulla relativa eccezione; 6) se la sentenza è effetto del dolo del giudice, accertato com sentenza passata in giudicato.As hipóteses dos nº 4 e 5, são motivos da revogação ordinária, enquanto as dos nºs 1, 2, 3 e 6, da revogação extraordinária (Cf. PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Napoli: Casa Eitricc Dott. Eugenio Jovene, 1999, pp. 570-571).

²⁸ *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 321.

²⁹ *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Napoli: Casa Eitricc Dott. Eugenio Jovene, 1999, p. 569.

giustizia e non (almeno direttamente) la legalità del provvedimento impugnato". E, em complemento, ensina ser a *revocazione* um remédio que, "...in quanto riproduce lo stesso oggetto del giudizio del procedimento anteriore, segue il regime della devoluzione automatica e postula una pronuncia sostitutiva".³⁰

Em arremate, Enrico Redenti sustenta que, no atual ordenamento italiano, determinados casos e motivos de fato, particularmente graves, respeitadas certas hipóteses legais previstas taxativamente, "...*ammette la revocabilità delle sentenze e um conseguente riesame del merito (con possibilita finale di rettifica, modificazione o sostituzione delle decisioni precedenti), anche fuori dei limiti normali di applicazione delle regole del doppio grado*".³¹

Fica bem estabelecida, assim, a similitude que acima se afirmou entre a rescisória e a *revocazione*, pois quer por definição, quer pelas hipóteses de cabimento, muito em comum, de fato, possuem tais figuras processuais.

O Direito austríaco admite, em sua *Zivilprozessordnung* (ZPO de 1895), seja impugnada a sentença, com força de coisa julgada, por meio da ação de nulidade (*Nichtigkeitsklage*³²), constante de seu § 529, bem como, ainda, provocada a reabertura do processo (*Wiederaufnahme*), desde que presentes uma das sete hipóteses descritas no § 530.

Curioso anotar que, nesse sistema, apenas após dez anos do trânsito em julgado da sentença é que se torna essa última inatacável.³³

Na Espanha há o recurso de *revisión de sentencias firmes*.

Pode tal recurso ser interposto tanto no Tribunal Supremo como nos Tribunais Superiores de Justiça, conforme o teor do art. 509, da *Ley de Enjuiciamiento Civil* (LEC).³⁴

O prazo para solicitar a *revisión* é de três meses a contar da data em que achado o documento decisivo ou descoberta a fraude, reconhecida ou declarada

³⁰ *Corso di Diritto Processuale Civile. Il Processo di Cognizione*. Torino: G. Giappichelli Editore, vol. II, p. 298.

³¹ *Diritto Processuale Civile. Il Processo Ordinario di Cognizione. Il Procedimento di Primo Grado. Il Sistema delle Impugnazioni*, 4ª ed., Milano: Giuffrè Editore, vol. 2, p. 550.

³² Esta seria uma espécie de ação de revogação da sentença (cf. CRUZ E TUCCI, José Rogério. "A causa petendi na ação rescisória". In: *Revista Forense*, jul./ago./set. – 1997. Rio de Janeiro: Forense, vol. 339, p. 109). Para Enrico Tullio Liebman corresponde a uma limitadíssima ação de nulidade para alguns dos mais graves *errores in procedendo* (Cf. nota 92, ao item 379, da obra de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 234).

³³ COSTA, Moacyr Lobo da. "Rescisória por descoberta de documento novo". In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 274.

³⁴ Os dispositivos da LEC estão de acordo com a redação a eles dada pela Lei nº 1/2000, de 7 de janeiro de 2000.

a falsidade (art. 512.2.), elementos esses os quais servirão para substanciar referida solicitação. Porém, em nenhum caso, a revisão poderá ser requerida após o transcurso do prazo de cinco anos contados da data da publicação da sentença que se pretenda impugnar (cf. 512.1.). Não há recurso contra a sentença ditada em revisão (art. 516.3.).

No Direito lusitano, a primeira norma a regulamentar a revogabilidade da sentença foi editada por D. Diniz na Era de 1340.³⁵

Daí a regra passou para todas as Ordenações: Afonsinas (Livro III, Título 108), Manuelinas (Livro III, Título 78) e Filipinas (Livro III, Título 95).³⁶

A lei de 19 de dezembro de 1843, em seu art. 317, referia-se a uma ação de nulidade e rescisão da sentença.³⁷

Hoje, aprimorada, a medida aparece no art. 771, do Código de Processo Civil português, denominando-se recurso de revisão.

Em consonância com tal recurso, a decisão transitada em julgado pode ser impugnada nos seguintes casos: a) quando se mostre, por sentença criminal passada em julgado, que foi proferida por prevaricação, concussão, peita, suborno ou corrupção do juiz ou de algum dos juízes que na decisão intervieram; b) quando se verifique a falsidade de documento ou ato judicial, de depoimento ou das declarações de peritos, que possam em qualquer dos casos ter determinado a decisão a rever. A falsidade de documento ou ato judicial não é, todavia, fundamento de revisão, se a matéria tiver sido discutida no processo em que foi proferida a decisão a rever; c) quando se apresente documento de que a parte não tivesse conhecimento, ou de que não tivesse podido fazer uso, no processo em que foi proferida a decisão a rever e que, por si só, seja suficiente para modificar a decisão em sentido mais favorável à parte vencida; d) quando se verifique a nulidade ou anulabilidade da confissão, desistência ou transação em que a decisão se fundasse; e) quando, tendo corrido a ação e a execução à revelia, por falta absoluta de intervenção do réu, se mostre que faltou a sua citação ou é nula a citação feita; f) quando seja contrária a outra que constitua caso julgado para as partes, formado anteriormente.

³⁵ Este ano, em verdade, corresponde ao de 1302 em nosso calendário atual. Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. "Rescisória por descoberta de documento novo". In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 275.

³⁶ As Ordenações Afonsinas datam de 1476, as Manuelinas, de 1521 e as Filipinas, de 1603.

³⁷ Cf. Enrico Tullio Liebman (nota 92, ao item 379, da obra de CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 235).

A revisão deve ser sempre dirigida ao tribunal que proferiu a decisão recorrida (art. 772.1.).

O prazo máximo dentro do qual pode ser interposta a revisão é de cinco anos, tendo este como marco inicial a data do trânsito em julgado da decisão impugnada (art. 772.2., 1ª parte).

Sem prejuízo do prazo acima verificado, a interposição do recurso analisado é de 60 dias: a) contados das situações elencadas no *caput*, do art. 771, do Código de Processo Civil português; b) contados desde o momento em que uma das partes obteve documento ou tomou conhecimento do fato que serve à revisão (art. 772.2., 2ª parte).³⁸

No Direito Argentino inexistente ação impugnativa como a rescisória. Há, de outro lado, a *nulidad por defectos de la sentencia* (art. 253, do *Código Procesal Civil*), a qual possui natureza recursal.

No Ordenamento legal Mexicano, igualmente, não se dispõe sobre a ação rescisória. A única regra que alude ao juízo rescisório é a que está relacionada com a execução versando sobre obrigações recíprocas.³⁹

Finalmente, no Direito chileno está contemplado o recurso de *revisión*.

Conforme consta do art. 810, do *Código de Procedimiento Civil*, a competência para julgamento do recurso de *revisión* é da Corte Suprema de Justiça, sendo requisito para utilização deste expediente ter se formado uma “...*sentencia firme*”.

Cabe a *revisión* nas seguintes situações: “1º. *Si se há fundado em documentos declarados falsos por sentencia ejecutória, dictada com posterioridad a la sentencia que se trata de rever*; 2º. *Si pronunciada em virtud de pruebas de testigos, han sido éstos condenados por falso testimonio dado especialmente em las declaraciones que sirvieron de único fundamento a la sentencia*; 3º. *Si la sentencia firme se ha ganado injustamente em virtud de cohecho, violència u outra maquinación fraudulenta, cuya existencia haya sido declarada por sentencia de término*; 4º. *Si se ha pronunciado contra outra pasada em autoridad de coisa juzgada e que se non alego em el juicio em que la sentencia firme recayó*”.

O prazo para o exercício da *revisión* é de um ano e conta-se a partir da última notificação (publicação) da sentença objeto do recurso (art. 811).

³⁸ Os textos do CPC português utilizados estão de acordo com as últimas modificações introduzidas no comentado compêndio pelo Decreto-lei nº 38/2003, de 8 de março de 2003.

³⁹ SIDOU, J. M. Othon. *Proceso Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 67.

3. Ação rescisória no Direito brasileiro

No princípio, estando em vigência no Brasil as Ordenações Filipinas (1603), cabia pleitear-se a revogação de sentenças com base no disposto no Título 95, Livro III, daquele diploma legal.

Já no Regulamento nº 737, de 25 de novembro de 1850,⁴⁰ não só abordava-se a questão da nulidade da sentença (art. 680), bem como assim era feita expressa menção à rescisória.

Elencava o art. 681, do indicado Regulamento, as situações que habilitavam o interessado a propor a rescisória, a saber: a) sentença dada por juiz incompetente, suspeito, peitado ou subornado; b) sentença proferida contra expressa disposição da legislação comercial; c) sentença fundada em instrumentos ou depoimentos julgados falsos em juízo competente; d) quando proferida a sentença em processo anulado, em virtude de circunstâncias específicas a que o dispositivo faz remissão.

Na Consolidação das leis do processo civil (Consolidação Ribas), promovida pelo Conselheiro Antonio Joaquim Ribas (1876), contendo uma “...*síntese das teses legislativas, deduzidas do nosso Direito, bem como do subsidiário, o romano e o consuetudinário científico*”, a qual foi elaborada em atendimento ao comando contido na Lei nº 2.033, de 30 de setembro de 1871 (art. 29, § 14), previsto era apenas o recurso de revista.⁴¹

Aliás, o recurso de revista se caracterizava por ser medida que se interpunha nas causas cíveis, contra sentenças proferidas em última instância, dirigido ao Supremo Tribunal de Justiça, constando expressamente da lei os casos em que deveria ser concedido ou denegado (Constituição do Império, art. 164, e Lei de 18 de setembro de 1828, arts. 5º e 6º), sendo requisito para sua admissibilidade que a decisão impugnada fosse manifestamente nula ou contivesse injustiça notória.⁴²

Narra-nos Silva Pacheco que “*a manifesta nulidade ocorreria se a sentença*

⁴⁰ As normas deste Regulamento, inicialmente, eram destinadas a reger apenas as causas comerciais; entretanto, com a edição do Decreto republicano nº 763, de 19 de setembro de 1890, passaram a ser observadas também nas causas cíveis em geral.

⁴¹ Cf. PACHECO, Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 132-133.

⁴² COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 282-283; PACHECO, Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137.

fosse proferida: a) com falta da primeira citação; b) com ofensa a sentença passada em julgado; c) por peita ou suborno dos juízes; d) por falsas provas; e) por juízes incompetentes ou com falta dos juízes que nela deveriam ter voto".⁴³

Na Constituição de 1891, foi atribuída aos Estados competência legislativa em direito processual. Apesar disso, nem todos chegaram a editar seus códigos processuais (*v.g.*, Alagoas, Amazonas, Goiás e o então unificado Mato Grosso), mas aqueles que o fizeram (*v.g.*, São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina, Ceará, Pernambuco, Minas Gerais, Maranhão, entre outros) dispuseram sobre a ação rescisória.⁴⁴

Aproveitando as hipóteses abordadas pelo Regulamento nº 737, e a estas tendo acrescido alguns outros casos em que se viabilizava a ação rescisória (art. 798 e 801), dispunha igualmente o Código de Processo Civil de 1939 sobre nulidades da sentença.

Entretanto, de se observar que deixou de tratar tal Código da hipótese de descoberta de documento novo como justificadora da rescisória, com o que se desviou da orientação que, na época de sua edição, era adotada "*...na legislação processual dos principais países europeus como motivo de revogação da sentença, e que entre nós fora admitido pelos Códigos do Ceará e de Pernambuco*".⁴⁵

O Código de Processo Civil em vigor (1973), por seu turno, além de ter continuado a versar sobre o tema, também aumentou o rol de situações autorizadoras da rescisão da sentença (art. 485, inc. I a IX). Suas disposições serão analisadas na seqüência deste trabalho.

Outrossim, nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 78), imprescindível era o direito referente ao exercício da ação rescisória. O Regulamento nº 737, assim como o Código de Processo Civil de 1939, eram

⁴² COSTA, Moacyr Lobo da. "Rescisória por descoberta de documento novo". In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 282-283; PACHECO, Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137.

⁴³ *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 137.

⁴⁴ Cf. COSTA, Moacyr Lobo da. "Rescisória por descoberta de documento novo". In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 286-288.

⁴⁵ COSTA, Moacyr Lobo da. "Rescisória por descoberta de documento novo". In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, pp. 287 e 289. No Código do Ceará, o art. 1.303 dispunha que "*a sentença só poderá ser anulada por ação rescisória:... IV – quando, depois daquele prazo, o condenado obtiver documentos novos, ou deles desconhecidos na causa, ou ocultos pela parte contrária, e tais que destruam a prova que serviu de base à sentença rescindenda*". No Código de Pernambuco, o art. 173 dispunha que "*a sentença que houver passado em julgado poderá ser anulada por rescisória:... n. 6 – quando se apresentar documento novo de que não pudesse dispor a parte ao tempo da sentença, e que, por si só, seja suficiente para destruir a prova em que a mesma se houver fundado*".

omissos a respeito. Porém, o prazo (aqui decadencial) estava inscrito no Código Civil de 1916, no art. 178, § 10, inc. VIII, qual seja, cinco anos.⁴⁶ Esse prazo acabou sendo reduzido para dois anos, contados do trânsito em julgado da decisão (art. 495, do Código de Processo Civil de 1973).

Alexandre de Paula alude a que, tanto no Anteprojeto como no Projeto de Alfredo Buzaid, o prazo para a propositura da ação rescisória era ainda menor (de um ano), prazo esse elevado para dois anos em razão de várias emendas apresentadas no Congresso, todas, basicamente, fundadas no fato de que o prazo original era demasiado exíguo.⁴⁷

O prazo em comento, mesmo o mais dilatado (dois anos), não escapou de críticas veementes como as de Moacyr Lobo da Costa, para quem *“desse dispositivo pode dizer-se ser o mais infundado do Código, sem precedentes no direito nacional e nas leis dos países civilizados, que fixam em cinco anos, no mínimo (na Áustria 10 anos), o prazo para se demandar a revogação da sentença”*.⁴⁸

4. Objeto da ação rescisória, sua *causa petendi*

De suma importância, como nos adverte José Carlos Barbosa Moreira, *“...a correta identificação do objeto do almejado iudicium rescindens”*.⁴⁹

Para tanto, deve ser inicialmente conferido o teor do art. 485, do Código de Processo Civil, para se perceber que é absolutamente imprescindível tenha a decisão, da qual se pretende a rescisão, força de coisa julgada (material⁵⁰), seja de mérito,⁵¹ e mais, esteja a se ajustar a uma das nove situações no

⁴⁶ Por se tratar aqui de matéria estritamente processual, não se faz mais alusão ao prazo para propositura da rescisória no texto do novo Código Civil (2003).

⁴⁷ *Código de Processo Civil Anotado*, 5ª ed., São Paulo: RT, 1992, vol. II, pp. 1916-1917.

⁴⁸ “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 299.

⁴⁹ “Ação rescisória: o objeto do pedido de decisão”. *Revista Brasileira de Direito Processual*, 3º trimestre, Rio de Janeiro: Forense, 1984, vol. 43, p. 15.

⁵⁰ É de José Carlos Barbosa Moreira observação quanto a ser inadmissível, hoje, construir a ação rescisória como ação dirigida contra a coisa julgada no sentido puramente formal (in *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 110).

⁵¹ Sob a égide do CPC de 1939, como não se qualificava a sentença que era passível de ser rescindida (cf. redação do *caput* do art. 798), existia dúvida sobre a abrangência do dispositivo, questionando-se sobre a possibilidade de igualmente haver rescisão de sentença que não julgasse o mérito da causa. Esta questão incentivou o legislador do CPC de 1973 a inserir, no texto do art. 485, a expressão “de mérito”, não permitindo com isso a perpetuação da interpretação mais abrangente, surgida na vigência da lei anterior. Aliás, os críticos à redação do texto final do art. 485 bem que tentaram, pela proposta de emendas ao Projeto, obter a sua modificação; contudo, a iniciativa, apesar de louvável, bem intencionada, e de estar baseada em posições doutrinárias relevantes, não logrou êxito e a expressão “de mérito” permaneceu no texto, e continua incorporada a esse até os dias atuais. A propósito, veja-se PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil Anotado*, 5ª ed., São Paulo:

próprio dispositivo previstas (incs. I a IX⁵²), as quais ensejam a desconstituição da eficácia da sentença (ou acórdão) que se pretende impugnar com o emprego desta via excepcional.

Verificado isso, parte-se para o art. 488, do Código de Processo Civil, o qual ressalta, desde logo, que a inicial da ação rescisória deve ser elaborada com atenção aos requisitos do art. 282, do mesmo Código. Em seus incisos acresce que ao pedido de rescisão deverá ser cumulado o de novo julgamento da causa, bem como que deve ser feito depósito de 5% (cinco por cento) sobre o valor da causa, a título de multa, para o caso de a ação, por unanimidade de votos, ser declarada inadmissível ou improcedente.

Pois bem.

A cumulação a que se refere o dispositivo dá-se entre aquilo que a doutrina conhece por *judicium rescindens* e o *judicium rescissorium*.

O *judicium rescindens* ou juízo rescindente é aquele “..., que desfaz o laço, que a sentença rescindida estabeleceu, restitui ao Estado a prestação jurisdicional, que antes esse entregara, por intermédio do juiz cujo julgado se rescindiu”.⁵³ Faz cessar este a lesão a direito expresso. Propicia o reconhecimento do vício que macula a decisão contra a qual se dirige, para que se possa operar, com base nesse defeito, a rescisão do julgado e, eventualmente, se passe à análise (ou reanálise) da questão de mérito, com o restabelecimento da relação de direito comprometida pelo ato judicial impugnado.

A sobredita reanálise dá-se em virtude do *judicium rescissorium* ou juízo rescisório, sendo esse conseqüência do *judicium rescindens*, com o qual mantém, inclusive, conexão. Enseja aquele primeiro o reexame da matéria de mérito e a prolação de nova decisão para solução da controvérsia que, pela anomalia da sentença anterior, ainda pende de efetivo julgamento.

Importante perquirir sobre a obrigatoriedade da cumulação do *judicium rescindens* com o *judicium rescissorium*.

José Frederico Marques entende não ser essa facultativa, porquanto a lei é

RT, 1992, vol. II, pp. 1828-1831. Confira-se, a respeito, a opinião de José Carlos Barbosa Moreira, no sentido de que seria preferível manter o mesmo princípio da lei anterior (CPC de 1939) para que continuasse a ser viável a rescisão de decisões não definitivas (cf. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 109).

⁵² Este rol é taxativo. Nesse sentido, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, p. 688.

⁵³ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, p. 93.

taxativa ao dispor que, sempre que for o caso, o cúmulo de pedidos deve ocorrer, frisando ter nisso andado “...certo o Código de Processo Civil, pois faltaria interesse processual ao autor, em demandar apenas a anulação da sentença. Incide, pois, no caso, o indeferimento da inicial da ação rescisória, se a cumulação não vier nela exposta (art. 295, III), como também o art. 284 (emenda da inicial)”⁵⁴

Não se pode deixar de observar que, em alguns casos, a cumulação de pedidos não se faz possível, especialmente quando se constatar: “...a) prevaricação, concussão ou corrupção do juiz; b) impedimento ou incompetência absoluta do juiz; c) dolo do vencedor em prejuízo da parte derrotada, ou de conluio entre os litigantes visando a fraudar a lei; d) ofensa à coisa julgada; e e) descoberta de documento novo; não há lugar para o *judicium rescisorium* (juízo rescisório) por manifesta falta de interesse ou impossibilidade lógica, ainda que o respectivo pedido tenha sido erroneamente cumulado ao rescindente”⁵⁵

A causa de pedir, nas hipóteses acima enumeradas, é, pois, simples (a pretensão é única: a rescisão da decisão).

Será, contudo, complexa a *causa petendi* quando envolver mais de uma pretensão: não só a rescisão do julgado, como também a obtenção de um novo julgamento. Aliás, “*toda vez que a rescisória se escudar em a) prova falsa; b) invalidade de confissão, renúncia ao direito ou transação; e c) erro de fato, a respectiva causa de pedir emergirá necessariamente complexa*”⁵⁶

Qualquer das hipóteses tratadas nos incisos do art. 485, do Código de Processo Civil, pode vir a consistir em uma *causa petendi* da ação rescisória, existindo, inclusive, a possibilidade de vários daqueles incisos serem utilizados para tanto, caso em que, diante da diversidade de fundamentos, dar-se-ia a cumulação de ações rescisórias. Eventual equívoco na indicação de inciso que esteja em harmonia com a fundamentação fática deduzida na peça inicial, ou mesmo a falta dessa referência, não vincula o órgão julgador, o qual corrigirá a situação aplicando o dispositivo adequado, podendo ser afirmado que, no âmbito da ação rescisória, é aplicável a regra do *jura novit curia*.⁵⁷

⁵⁴ *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 416.

⁵⁵ CRUZ E TUCCI, José Rogério. “A causa petendi na ação rescisória”. In: *Revista Forense*, jul./ago./set., 1997. Rio de Janeiro: Forense, vol. 339, p. 111. As hipóteses elencadas correspondem aos incisos I, II, III, IV e VII, do art. 485, do Código de Processo Civil.

⁵⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 262. As hipóteses elencadas correspondem aos incisos VI, VIII e IX, do art. 485, do Código de Processo Civil.

⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, pp. 153-154; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *A Causa Petendi no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, pp. 258-259.

Terminando, ressalte-se, com José Rogério Cruz e Tucci, que, em se tratando da causa específica do inciso V, do art. 485, é imposto ao autor da rescisória a precisa indicação do texto de lei transgredido pelo julgado rescindendo, sendo aquele, assim, elemento integrante da causa de pedir. “*Caso a petição inicial omita essa indicação, deve o relator do processo determinar, de logo, seja ela completada no prazo de dez dias, e, uma vez não atendida tal ordenação, indeferir a inicial.*”⁵⁸

De ser referida, entretanto, posição mais branda ostentada por José Carlos Barbosa Moreira, o qual critica a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, que está em consonância com o texto do parágrafo anterior, tachando-a de “*excessivamente rigorosa*”. Para esse autor, o equívoco deveria ser relevado, desde que se pudesse identificar a norma infringida pelo conteúdo da peça inaugural.⁵⁹

5. Hipóteses legais de cabimento: os arts. 352, inc. II; 485, incs. I a IX; e 1.030, do Código de Processo Civil

Como afirma Cândido Rangel Dinamarco, consiste a rescisória em remédio processual sem natureza recursal.⁶⁰

Na definição de Othon Sidou: “*Ação rescisória é o meio processual destinado a negar efeito a decisão judicial transitada em julgado, desde que ocorra vício grave expressamente mencionado em lei*”.⁶¹ A essa poder-se-ia acrescentar a lição de José Frederico Marques no sentido de que a anulabilidade da sentença está autorizada seja por *error in procedendo*, seja por *error in iudicando*, ou seja, não só graves violações de ordem processual, como também a presença de ilegalidade, ou ainda a violação da ordem jurídica, na decisão passada em julgado, que a tornem suscetível de ser objeto de revisão, podem torná-la ineficaz. Fato é que a rescisória tem por escopo eliminar os efeitos processuais da *res judicata*.⁶²

Outrossim, a sentença proferida na ação rescisória, segundo nos ensina

⁵⁸ A Causa Petendi no Processo Civil, 2ª ed., São Paulo: RT, 2001, p. 259.

⁵⁹ Comentários ao Código de Processo Civil, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 132.

⁶⁰ Fundamentos do Processo Civil Moderno, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, t. II, p. 786.

⁶¹ SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, p. 326.

⁶² *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, pp. 419-420.

Pontes de Miranda,⁶³ tem natureza constitutiva negativa, gerando efeitos *ex tunc*, e, como completa Vicente Greco Filho, “...*modifica o mundo jurídico, desfazendo a sentença transitada em julgado, podendo conter também outra eficácia quando a parte pede novo julgamento em substituição ao rescindido*”.⁶⁴

Posto isso, constata-se que, no Código de Processo Civil, as hipóteses legais de cabimento da ação rescisória estão, basicamente, concentradas no art. 485, porém é certo que há outras hipóteses complementares, que não contrastam com as demais, nos arts. 352, inc. II; e 1.030.

Pelo fato de registrar a lei, taxativamente, as hipóteses de cabimento da rescisória, poderia esta, ao menos inicialmente, ser classificada como uma “ação típica”. Contudo, como anota Flávio Luiz Yarshell, a mencionada “...*tipicidade pode sofrer algum temperamento, com repercussão relevante quanto às formas de controle jurisdicional*”, podendo se falar, inclusive, na eventual “...*relativização da tipicidade da rescisória*”, quando presentes algumas específicas situações concretas que tornam rescindível a sentença de mérito transitada em julgado.⁶⁵

Estudemos, então, cada uma das supra indicadas hipóteses.

O art. 485, inc. I, cuida da rescisão fundada na verificação de que a sentença foi prolatada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz. Abandonou o legislador de 1973 a utilização do termo atécnico “peita”, como constava do Código de Processo Civil de 1939,⁶⁶ para agora ser fiel à terminologia a respeito adotada pelo Código Penal.

A questão maior aqui é provar, de modo cabal, ter o magistrado praticado, ao ensejo de proferir a sentença rescindenda, uma das condutas tipificadas nos arts. 316, 317 ou 319, do Código Penal.

Vejam os.

Ocorrerá concussão quando o magistrado sentenciante *exigir*, prevalecendo-se de sua função e da autoridade que possui, vantagem indevida em retribuição de sua conduta. Como bem estabelece Júlio Fabbrini Mirabete, “*Referindo-se a lei, porém, a qualquer vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Faria, que a vantagem pode ser expressa*

⁶³ *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 93, 96 e 129.

⁶⁴ *Direito Processual Civil Brasileiro*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 405.

⁶⁵ *Tutela Jurisdicional*, São Paulo: Atlas, 1999, pp. 66 e 78.

⁶⁶ A vetusta expressão proveio das Ordenações (Livro III, Títulos 75 e 87) e do Regulamento nº 737 (art. 680, § 1º), havendo nesses, também, alusão ao suborno.

por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito”.⁶⁷

Corrupção, no caso a passiva,⁶⁸ verifica-se quando o juiz sentenciante, em razão da função por ele exercida, *solicita* vantagem indevida, ou aceita promessa de tal vantagem. Explica Bento de Faria configurar-se, aqui, o que denomina de “...*tráfico da função pela qual se estabelece uma relação ilícita entre o funcionário indigno e o terceiro que, valendo-se da sua venalidade, sujeita-o às iniciativas da sua vontade*”.⁶⁹

No que tange à prevaricação, o juiz teria sentenciado, desconhecendo expressa disposição legal, apenas para satisfazer interesse ou sentimento pessoal. Não envolve essa conduta a obtenção de qualquer vantagem. Somente se caracterizará caso o proceder do magistrado seja ilegal, contrarie texto de norma jurídica em sentido estrito, não, portanto, de outras assemelhadas, como, *v.g.*, portarias ou regulamentos. Absolutamente relevante verificar-se a legitimidade da norma legal cuja aplicação o juiz voluntariamente repudiou, pois se pudermos afirmar que o descumprimento se deu em face de norma flagrantemente inconstitucional, acreditamos que não se configuraria, no caso, a prevaricação.⁷⁰

O inc. II, do art. 485, trata da sentença rescindível por ter sido prolatada por juiz impedido ou absolutamente incompetente.

O magistrado que pode ser considerado impedido é aquele que, em virtude de determinadas circunstâncias, todas enumeradas na lei,⁷¹ tem comprometida a sua capacidade subjetiva, logo, vê afetada a sua imparcialidade e acaba por se enquadrar em uma das previsões dos inc. I a VI, do art. 134, bem como do art. 136, do Código de Processo Civil.

A incompetência absoluta está relacionada à competência em razão da matéria e à funcional.⁷²

A falta de argüição quer da incompetência absoluta, quer do impedimento, não convalidam os atos decisórios subsequentes (arts. 113, *caput*, c/c

⁶⁷ *Manual de Direito Penal*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 315.

⁶⁸ A ativa é a conduta do *extraneus*, descrita no art. 333, do Código Penal.

⁶⁹ *Código Penal Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1959, v. 7, p. 101.

⁷⁰ Cf., aliás expõe MIRABETE, Júlio Fabbrini. In: *Manual de Direito Penal*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 328.

⁷¹ Esta enumeração não comporta interpretação extensiva.

⁷² Não se olvide, entretanto, dos casos dos arts. 95 e 99, do Código de Processo Civil, os quais se referem à competência determinada *ratione loci*, mas são hipóteses, em verdade, de competência absoluta.

245, parágrafo único, do Código de Processo Civil), os quais serão considerados todos nulos (art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil), daí ser viável a declaração da existência daqueles defeitos em qualquer tempo ou grau de jurisdição, inclusive, em sede de ação rescisória.

Como resta claro do teor do inciso em análise, este não se aplica ao caso de incompetência relativa e nem aos casos de suspeição. Isso assim é porque, quando relativa a incompetência ou haja notícia da suspeição do magistrado, caso essas não tenham sido oportunamente argüidas, na forma dos arts. 304 e seguintes, do Código de Processo Civil, ficam os vícios daí decorrentes, de qualquer forma, sanados,⁷³ em especial, pelos efeitos da preclusão (art. 245, *caput*, do Código de Processo Civil).

Perceba-se, contudo, que, se é certo afirmar que a suspeição não determina causa para a rescisão do julgado, não menos certo é sustentar que poderá essa motivar a ação rescisória, quando, em razão da suspeição, ficar caracterizada a prática pelo juiz do delito de prevaricação,⁷⁴ como já visto acima.

No inc. III, do art. 485, são abordadas duas causas potenciais geradoras da rescisão da sentença, quais sejam, o dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, e a colusão entre as partes, visando essas, de tal modo, fraudar a lei.

O dolo considerado nessa disposição legal é aquele que se diz processual, próprio do litigante de má-fé, e se faz presente em atos de uma das partes,⁷⁵ os quais teriam sido praticados no intuito exclusivo de prejudicar a parte *ex adversa*, para impedir que essa pudesse produzir defesa adequada, ou mesmo para desviar o juiz no seu caminho em busca da verdade (ou certeza), a qual é necessária à formação da convicção orientadora de seu julgamento. Aliás, este liame entre o dolo e o resultado da demanda apontado na sentença é substancial para que se possa ter a hipótese legal estudada, justificadora da rescisão do julgado. É imprescindível que “...*haja um nexo de causalidade entre o dolo e a sentença, de modo tal que, abstração feita do dolo, a sentença se modificasse. Se, considerado o dolo, a sentença permaneceria a mesma, por óbvio não se trata de dolo rescisório*”.⁷⁶

⁷³ Cf. WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, vol. 1, p. 779. Ver, ainda, o teor do art. 114, do Código de Processo Civil.

⁷⁴ SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v.1, 2002, p. 674.

⁷⁵ Por extensão, também pode ser considerado o dolo do representante, bem como o do advogado do litigante, cf. MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 423.

⁷⁶ RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. “Da ação rescisória”. In: *RePro*, abr./jun. de 1982. São Paulo: RT, nº 26, p. 188.

Nítido é que o dolo deve ser demonstrado por uma ação positiva, que revele ter efetivamente faltado a parte com o seu dever de observar ao princípio da lealdade processual. No caso de omissão, como bem pondera Luiz Sérgio de Souza Rizzi: *“O simples silêncio, a respeito de fatos que poderiam levar a ação a um outro resultado, não chega a se constituir em dolo rescisório. Porque o processo não é um jogo em que se devam mostrar as cartas, embora também seja um jogo em que não se deve trapacear. A simples omissão, o silêncio, a falta de apresentação de uma prova que seria contrária ao apresentante não implica conduta típica de dolo rescisório”*.⁷⁷

Já a colusão revela concerto entre as partes que litigam para atingir resultado prático que não obtiveram fora do processo pela existência de algum óbice de ordem legal. A conduta das partes se dá, portanto, em fraude à lei; valem-se do processo judicial visando exclusivamente escapar da incidência da norma a elas desfavorável.

Assevera Ernane Fidélis dos Santos que deve ser ampliado o sentido de fraude à lei, caso se verifique o conluio entre as partes, podendo se reputar configurada aquela em *“...toda e qualquer manobra, veiculada através de processo simulado, para atingir fins proibidos ou mesmo para prejudicar terceiros”*.⁷⁸

Ressalve-se, como o faz Teresa Arruda Alvim Wambier, que, inobstante haja a colusão, *“...quanto às nulidades, não se aplica o princípio da não-alegação da própria torpeza em benefício de si mesmo. Logo, as próprias partes, a nosso ver, podem intentar ação rescisória com base neste dispositivo (art. 485, III, 2ª parte)”*, bem como que *“O dispositivo em tela complementa o art. 129 e aplica-se tanto à hipótese de fraude quanto à de simulação fraudulenta”*.⁷⁹

De suma importância dispositivos como o ora tratado, na medida em que viabiliza não se eternize aquilo que Eduardo Juan Couture chama de coisa julgada delinqüente, a qual, ao consagrar a fraude, fonte inesgotável de descontentamento do povo e burla à lei, nega o direito e provoca absoluto desprestígio desse.⁸⁰

A ofensa à coisa julgada, versada no inc. IV, do art. 485, ocorre quando haja violação da norma constitucional inserida no inc. XXXVI, do art. 5º, da

⁷⁷ “Da ação rescisória”. In: *RePro*, abr./jun. de 1982. São Paulo: RT, nº 26, p. 188.

⁷⁸ *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v.1, 2002, p. 676.

⁷⁹ *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., São Paulo: RT, 1998, p. 308.

⁸⁰ “Revocación de los actos procesales fraudulentos”. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, III, Buenos Aires: Depalma, 1978.

Constituição da República, o qual institui a garantia da intangibilidade da *res judicata*. Evidente se afigura a hipótese de anulabilidade da decisão proferida em outro processo, sobre lide anterior e definitivamente julgada, a não ser que esse julgamento se desse em sede de ação rescisória, única exceção à regra acima referida, admitida na própria Carta Magna (arts. 102, inc. I, alínea “j”; e 105, inc. I, alínea “e”).⁸¹

No Código de Processo Civil, define o art. 467, orientado pela doutrina de Enrico Tullio Liebman a respeito do tema⁸², o que seja coisa julgada material, dispondo ser esta “...a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”.⁸³

Ao discorrer sobre a coisa julgada, assevera Moacyr Amaral Santos que esta “...não é um efeito da sentença, mas a sua própria eficácia, ou aptidão para produzir os efeitos que lhe são próprios, e que a torna imutável e indiscutível, quando não mais sujeita a qualquer recurso, mesmo o extraordinário”.⁸⁴

Para Cândido Rangel Dinamarco, o qual corrobora não ser a coisa julgada⁸⁵ um efeito da sentença, a *res judicata* é “...especial qualidade que imuniza os efeitos substanciais...” daquele ato judicial, proporcionando a estabilidade da tutela jurisdicional. Complementa ensinando que “...a coisa julgada não tem dimensões próprias, mas as dimensões que tiverem os efeitos da sentença”.⁸⁶

Dessa forma, sempre que estejam a coexistir decisões judiciais que versem sobre um mesmo *thema decidendum*, a segunda delas, desde que não mais sujeita a recurso, deve ser rescindida por padecer de vício de nulidade, por fatalmente ter sido proferida posteriormente ao primeiro julgamento da causa, o qual não se deve repetir, em observância ao princípio da segurança das relações jurídicas.

A rescisória funciona, neste caso, como instrumento para a afirmação da coisa julgada material regularmente formada na primeira causa, garantindo

⁸¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 423.

⁸² *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984, pp. 40-42.

⁸³ Outra definição de coisa julgada se encontra no art. 6º, § 3º, do Decreto-lei nº 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil), qual seja: “Chama-se coisa julgada, ou caso julgado, a decisão judiciária de que já não caiba recurso”.

⁸⁴ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 3, p. 52.

⁸⁵ Do mesmo autor deve ser compulsado o texto “Relativizar a coisa julgada material”, inserido em sua recente publicação *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 220-266.

⁸⁶ *Intervenção de Terceiros*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 14.

a imutabilidade dos efeitos da decisão judicial e assegurando a eficiência do processo, em especial, como meio de pacificação social.⁸⁷

Atente-se para o fato de que a segunda decisão não é ineficaz, gera sim efeitos e fica acobertada, eventualmente, pela autoridade da coisa julgada, sendo indispensável a sua rescisão para que se possa dela retirar a aptidão de produzir efeitos.⁸⁸

A propósito, lembre-se que uma das matérias de defesa possibilitadas pelo art. 301, do Código de Processo Civil, é justamente a arguição da ocorrência de coisa julgada (inc. VI), a qual propicia, inclusive, a extinção do processo, sem julgamento do mérito (art. 267, inc. V, do Código de Processo Civil).⁸⁹

A ofensa à coisa julgada permite que se instaure apenas o *judicium rescindens*, porque não se procede a novo julgamento, apenas sendo declarada a ineficácia do segundo.⁹⁰

De todos os incisos componentes do art. 485, o inc. V, certamente, é o que mais tem servido de supedâneo para o ajuizamento de ações rescisórias.

Não obstante isso, se verifica certa dificuldade na definição da exata abrangência da expressão “violar literal disposição de lei”. Essa expressão, inclusive, havia sido objeto de severas críticas quando integrava o art. 798, inc. I, alínea “c”, do Código de Processo Civil de 1939. Deveria ter sido substituída por “direito em tese”, em acolhimento à sugestão da Comissão Revisora do Projeto Buzaid.⁹¹

A norma em análise refere-se à lei em sentido amplo, podendo consistir em regra de Direito Processual ou Material, de Direito Público ou Privado, regra advinda do costume, pela integração promovida pela analogia ou princípio geral do Direito.⁹² Também não importa a qualidade da norma, se

⁸⁷ Nesse sentido BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997, p. 96.

⁸⁸ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002, p. 678.

⁸⁹ Esta sentença, por não ser de mérito, não é rescindível. Diferente seria caso não houvesse o acolhimento desta exceção, pois aí haveria julgamento de mérito e, pois, estaria justificado o manejo da rescisória.

⁹⁰ Cf. SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002, p. 678.

⁹¹ Como bem pondera MOREIRA, José Carlos Barbosa. In: *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 130.

⁹² O princípio geral do Direito é lei supletiva, o que se afirma com espeque no art. 4º, da Lei de Introdução ao Código Civil. Sobre admissibilidade da rescisória envolvendo princípios constitucionais leia-se texto do min. José Augusto Delgado, in: *RePro*, jul./set. de 2001, nº 103, pp. 9-36.

constitucional, ou infraconstitucional (lei complementar, ordinária, regulamento, decreto etc.).⁹³

Em um primeiro plano, pode-se tomar a violação de literal disposição de lei como desrespeito direto ao teor da norma, à tese jurídica nela esposada, na “...*vulneração do jus scriptum por contrariar-se o conteúdo normativo do texto legal; a infringência da regra legal por atentado ao que nela vem expresso; ou, ainda, a afronta a sentido unívoco e incontroverso do praeceptum legis contido no texto do direito escrito ...*”.⁹⁴ Trilhando pelo mesmo caminho, exige Sérgio Rizzi que a infração aqui obrigatoriamente se dê à lei escrita, porquanto, de outra forma, o padrão de confronto seria extremamente vago.⁹⁵

Porém, em um plano mais avançado, comungamos do pensamento de Pontes de Miranda, o qual nos mostra “...*que não se pode acolher opinião apegada ao adjetivo. Letra, literal, está aí, como expresso, revelado*”. O *error contra literam* (violação da regra ou texto literal de lei), segundo o mesmo autor, “...*nenhuma referência contém a ser escrito ou não-escrito o direito... Contra ius, contra literam são sinônimos, e mais largos que contra ius expressum. De modo que pode haver a ação rescisória ainda quando a infração do direito concerne àquelas regras jurídicas sujeitas à interpretação*⁹⁶, *ou quando se trata de costume, ou de direito extravagante, ou singular, ainda que não notório. A infração da ratio legis, com infração da regra jurídica (contra literam), não escapa ao art. 485, V*”.⁹⁷

Alinhado com essa visão, José Carlos Barbosa Moreira é taxativo ao asseverar não se exaurir o ordenamento jurídico naquilo que a letra da lei revela à primeira vista. E arremata dizendo não ser de menor relevância o erro do

⁹³ Nesse sentido, confira-se GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, vol. 2, p. 411; SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v.1, 2002, p. 678; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, pp. 130-131.

⁹⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 424.

⁹⁵ *Ação Rescisória*. São Paulo: RT, 1979, p. 106.

⁹⁶ Súmula nº 343, do STF: “*Não cabe ação rescisória por ofensa a literal disposição de lei, quando a decisão rescindenda se tiver baseado em texto legal de interpretação controvertida nos tribunais*”. Observe-se, contudo, que, consoante reiterada jurisprudência do próprio STF, caso a interpretação controvertida envolva questão constitucional, inaplicável é o teor da súmula aqui transcrita. A respeito, confira-se os julgados indicados por Teresa Arruda Alvim Wambier, ao tecer comentários às Súmulas nº 343 e 400, do STF (*In: Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 1998, p. 336, nota 213). Ver, também, os apontados por José Carlos Barbosa Moreira. *In: Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 131, nota 75.

⁹⁷ *Tratado da Ação Rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, pp. 267 e 269.

julgador “...na solução da quaestio iuris quando afronte norma que integra ordenamento sem constar literalmente de texto algum”.⁹⁸

Nesta perspectiva, podemos afirmar que o disposto no art. 485, inc. V, do Código de Processo Civil, em verdade abrange, na sua dicção, os princípios de Direito, cuja violação é mais ou tão deletéria ao ordenamento quanto a violação a disposição de lei.⁹⁹

Humberto Theodoro Júnior destaca que, para que se configure o atentado à ordem jurídica, deflagrador da incidência do inc. V, do art. 485, não há necessidade de, no corpo da sentença, ter sido primeiro cogitado da existência de determinada norma para ao depois haver recusa na sua aplicação, assim como não é imprescindível que a regra legal violada tenha sido objeto de discussão expressa na decisão rescindenda.¹⁰⁰

É absolutamente relevante, para que haja possibilidade de acolhimento da rescisória, uma vez fundada esta em violação de literal disposição de lei, que a regra vulnerada, sendo aplicada de modo adequado, em consonância com a sua melhor interpretação, gere resultado diferente daquele produto da infração perpetrada no *decisum* rescindendo.¹⁰¹

Prova falsa, que compromete a decisão judicial, é a hipótese do inc. VI, do art. 485.

Considerar-se-á falsa a prova quando ela tiver sido manipulada, adulterada, forjada com o intuito de prejudicar a apuração da verdade no processo e induzir o julgador em erro.

Esta prova pode ser documental (falso material ou ideológico¹⁰²), pericial ou testemunhal.¹⁰³

⁹⁸ *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 130. No mesmo sentido do texto, a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier (in: *Controle das Decisões Judiciais por Meio de Recurso Estricto Direito e de Ação Rescisória*, São Paulo: RT, 2002, p. 264).

⁹⁹ Nesse mesmo sentido, lembrando igualmente Pontes de Miranda e José Carlos Barbosa Moreira, é a opinião de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina (in: *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003, p. 179).

¹⁰⁰ *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. I, p. 609.

¹⁰¹ BERTOLI, Marcelo M. “Sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória”. In: *RePro*, jul./set. de 1994, nº 75, p. 48.

¹⁰² BERTOLI, Marcelo M. “Sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória”. In: *RePro*, jul./set. de 1994, nº 75, p. 49.

¹⁰³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 426. No mesmo sentido, MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, p. 324. Esta diversidade de tipos de prova falsa está bem evidenciada no teor do art. 621, inc. II, do Código de Processo Penal.

É absolutamente necessário que a prova falsa tenha servido de base para o julgamento que se pretenda ver rescindido, caso contrário, a simples presença nos autos de prova com tal qualidade, mas que não tenha influído no convencimento do magistrado, e, conseqüentemente, determinado o resultado da decisão por esse último proferida, não poderá ensejar a propositura da rescisória.

Caso apurada a falsidade em procedimento criminal, e estando aquela reconhecida por sentença definitiva, a falsidade da prova não mais será discutível no âmbito da rescisória. A sentença, transitada em julgado, já será bastante para que se repute falsa a prova para os fins do inc. VI, do art. 485.

Repare-se, no entanto, não ser suficiente tenha sido declarada a falsidade em incidente, na forma do art. 145, do Código de Processo Penal, pois, em assim sendo, a decisão não faria coisa julgada (cf. art. 148, do Código de Processo Penal).¹⁰⁴ Logo, permanecendo a questão em aberto, permitidos estariam os debates, a respeito da falsidade, na própria rescisória.

A sentença cível ou decisão em incidente de falsidade (classificada essa como sentença pelo art. 395, do Código de Processo Civil), por não estarem referidas no texto do inc. VI, 1ª parte, do art. 485, não podem ser equiparadas às decisões definitivas proferidas no juízo criminal. De outro lado, poderão ser utilizadas para embasar rescisória com fundamento na 2ª parte, do inc. V, do art. 485, sendo que aqui a falsidade deverá ser provada na própria ação desconstitutiva. Essas decisões serviriam como importantes elementos de prova, mas os debates sobre o conteúdo delas seria sempre o mais amplo.¹⁰⁵

Regularmente, o prazo para a propositura da ação rescisória é de dois anos, contados esses do trânsito em julgado da decisão que se deseja ver rescindida (art. 495, do Código de Processo Civil). Contudo, acontecendo “... *de haver, antecipadamente, sido proferida a sentença cível e transitada, com o processo penal em andamento, o prazo decadencial só pode começar a correr depois de também transitada a sentença criminal, pois dali é que nasce a causa de rescisão*”.¹⁰⁶

A questão da prova permanece sendo relevante para autorizar a ação rescisória, consoante se depreende da leitura do inc. VII, do art. 485.

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*. Campinas: Millennium, 2000, vol. IV, p. 425.

¹⁰⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. Campinas: Bookseller, 1998, pp. 316-317.

¹⁰⁶ SANTOS, Ernane Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., São Paulo: Saraiva, v. 1, 2002, p. 680; MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, pp. 316-317.

Esse faz referência ao documento novo obtido pela parte depois da sentença, sendo que de tal documento a existência ignorava ou dele não pôde fazer oportuno uso.

Tem-se, aqui, sentença que a doutrina designa de “*meramente rescindível*”, significando isso não estar a justificativa da rescisória fundada em vícios da decisão ou do processo no qual lançada.¹⁰⁷ Estará estribada a ação em circunstância da qual não pôde tomar conhecimento o juiz da causa, qual seja, aquela que possa ser agora demonstrada pelo documento novo.

Documento novo pode ser definido como sendo aquele já constituído, porém não apresentado nos autos, na forma do comando contido no art. 396, do Código de Processo Civil, apesar de ser relevante para o julgamento da causa.¹⁰⁸ O documento novo sempre, e somente, se prestará a provar fatos já ocorridos.¹⁰⁹

Além disso, como a própria lei acrescenta, o documento novo deve ser hábil a assegurar pronunciamento favorável à parte que almeje a rescisão da decisão. Ou seja, somente em ocasião posterior à sentença veio a ter nas mãos o autor da rescisória determinado documento — que se qualifica como novo —, o qual, se antes tivesse sido apresentado nos autos, bem poderia ter servido para dar sustentação a julgamento de teor contrário ao efetivamente proferido e que se quer desconstituir. “*Por ‘pronunciamento favorável’ entenda-se decisão mais vantajosa para a parte do que a proferida: não apenas, necessariamente, decisão que lhe desse vitória total*”.¹¹⁰

De ser frisado que a melhor exegese, para a expressão “*depois da sentença*” constante da redação do inciso em comento, é no sentido de que o documento novo é aquele que tenha sido obtido “*depois do último momento em que teria sido lícito à parte utilizar o documento no feito onde se proferiu a decisão rescindenda*”.¹¹¹

¹⁰⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*, 4ª ed., São Paulo: RT, 2002, vol. 1, pp. 777 e 782.

¹⁰⁸ Sobre documento novo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, São Paulo: Malheiros, 2001, v. III, pp. 383-384; MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, pp. 136-140.

¹⁰⁹ Mesmo posteriores ao ajuizamento da demanda, cf. art. 462, do Código de Processo Civil. Podem também fatos novos ser deduzidos na apelação (cf. art. 517, do Código de Processo Civil).

¹¹⁰ Cf. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 139.

¹¹¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 139.

Como nos alerta José Carlos Barbosa Moreira, o inc.VIII, do art. 485, “foi mutuado” do Código de Processo Civil português de 1939 (art. 771, § 4º).¹¹²

Como o aludido dispositivo da legislação lusitana emprega o termo “confissão”, este foi simplesmente transplantado para o nosso sistema, sem ter atentado o legislador pátrio para o fato de que o Código português ao mencionar “confissão” estava a se referir ao teor dos seus arts. 292 e seguintes, os quais cuidam do reconhecimento do pedido do autor.

No que pese o equívoco, no nosso direito, entretanto, não é possível adotar entendimento de que a confissão estaria aí empregada com o sentido de reconhecimento do pedido, substituindo-se uma figura por outra.

Enquanto a confissão diz respeito aos fatos, servindo como meio de prova, o reconhecimento já é a expressa aceitação do pedido deduzido pelo autor, situação que conduz, inclusive, à extinção do processo, com julgamento de mérito (art. 269, inc. II, do Código de Processo Civil).

Aliás, a disposição do inciso VIII, do art. 485, está relacionada ao art. 352, inc. II, do Código de Processo Civil, dizendo esse respeito à confissão propriamente dita. Não estaria obstando, contudo, tomar-se o termo confissão em sentido mais amplo e entender-se que estaria a abranger, também, a hipótese de reconhecimento do pedido.¹¹³

Outra falha do dispositivo consiste na falta de técnica ao mencionar desistência, quando deveria ter aludido à renúncia.

Constata-se, com clareza, pretender-se tratar desta regra da renúncia (art. 269, inc. V, do Código de Processo Civil), a qual provoca o surgimento de sentença que julga o mérito e, dessa forma, possibilita a formação de coisa julgada material, única passível de rescisão. Se insistíssemos na desistência, teríamos uma sentença terminativa, sem julgamento do mérito (art. 267, inc. VIII, do Código de Processo Civil), que produz coisa julgada formal, não sujeita, pois, a desconstituição.

Relevante é ter sido a decisão baseada na confissão, reconhecimento do pedido, renúncia ou transação.

Para os três últimos casos, a decisão é homologatória da vontade da parte

¹¹² *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 141.

¹¹³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 142.

ou partes. Dá-se a chamada autocomposição da lide, limitando-se o juiz a sancionar o reconhecimento, a renúncia ou a transação a ele apresentados.¹¹⁴

No que se refere à confissão, imprescindível que tenha ela servido de apoio às razões de decidir elencadas na sentença. Se desconsiderada a confissão, pelo teor do julgamento, o resultado da lide pudesse permanecer inalterado, não tendo aquela desempenhado papel preponderante na definição dos destinos da demanda, não haverá motivo para se ter êxito na rescisória.

Combinados o conteúdo do *caput*,¹¹⁵ e da regra do inc. II, do art. 352, do Código de Processo Civil, a confissão obtida com base em erro, dolo ou coação, pode contaminar a sentença proferida no processo, mas somente viabilizará a rescisão do julgado quando a confissão tenha desse consistido o único fundamento.¹¹⁶

Passível de rescisão, ainda, a sentença fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa, em conformidade com o inc. IX, do art. 485.

Os próprios parágrafos que, no texto de lei, se seguem (1º e 2º), os quais estão atrelados não ao *caput*, mas ao inciso em comento, trazem explicação no sentido de haver erro de fato “... quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido”, e advertência quanto a ser “... indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato”.

Para que o erro de fato dê ensejo à rescisão do julgado que o contenha é imprescindível a demonstração de que o erro influiu decisivamente no resultado apontado na decisão rescindenda e que seja apurável mediante simples exame dos documentos e demais elementos de prova existentes nos autos.

O erro de fato consiste em erro de percepção da prova e não de sua valoração ou interpretação.

O erro de percepção é propiciado pelo fato de não ter atentado o magistrado para a prova, equivalendo aqui a ter o julgador ignorado certa evidência constante do processo, circunstância que conduz à presunção de que, caso tivesse o juiz se apercebido do teor da prova da qual não teve o devido

¹¹⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, p. 144.

¹¹⁵ No *caput* do art. 352, onde se lê *revogada*, leia-se *anulada*.

¹¹⁶ Veja-se, a propósito, as críticas de José Carlos Barbosa Moreira (*In: Comentários ao Código de Processo Civil*, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. V, pp. 144-145); e as observações de Pontes de Miranda (*Tratado da Ação Rescisória*, Campinas: Bookseller, 1998, p. 335).

conhecimento, não teria julgado no sentido em que julgou. Daí autorizar essa situação o manejo de ação rescisória para que a prova ignorada seja analisada e se possibilite o adequado e regular julgamento da demanda.

O erro de valoração, quando se poderia dizer ter o juiz apreciado mal a prova, não legitima a parte ao exercício da rescisória. Não se pode pretender, na esfera restrita dessa última, a rediscussão da matéria probatória já debatida e decidida no curso da lide, porquanto, se tal fosse admitido, corresponderia a se ter uma nova instância para o reexame de provas, o que não se justifica na fase rescisória.

A se entender de modo diverso, a rescisória ver-se-ia alterada em sua natureza, convertendo-se em um juízo ordinário de apelação pelo qual se buscaria corrigir a injustiça da decisão impugnada, objeto típico do recurso ora mencionado, mas absolutamente incompatível com o daquela ação.

Destaque-se que havendo revelia, aplicado o disposto no art. 319, do Código de Processo Civil, presumindo-se, pois, verdadeiros os fatos deduzidos pelo autor em sua inicial, não pode posteriormente o réu contumaz valer-se da ação rescisória, na medida em que o erro de fato deve emanar de atos ou documentos da causa em que proferida a decisão rescindenda e não de outros que se pratiquem ou apresentem no curso daquela via excepcional.

Não se pode deixar de referir que, não tivesse sido em medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade concedida suspensão¹¹⁷ de medida provisória que acrescia ao art. 485 mais um inciso, hoje esse apresentaria o de número X, com o seguinte conteúdo: *“a indenização fixada em ação de desapropriação for flagrantemente superior ou manifestamente inferior ao preço de mercado do objeto da ação judicial”*.

Concluindo, temos as hipóteses do art. 1.030, do Código de Processo Civil, as quais dão ensejo à ação rescisória da sentença que julga a partilha no inventário.

O inc. I diz ser rescindível a sentença quando esse ato do juiz estiver viciado por erro, dolo, coação ou incapacidade.

As máculas do erro, do dolo e da coação não suscitam maiores dificuldades.¹¹⁸

¹¹⁷ O Plenário do STF entendeu pela inexistência dos requisitos da relevância e da urgência para que a matéria pudesse ter sido disciplinada por medida provisória.

¹¹⁸ Hoje abordadas nos arts. 138 a 155, do Código Civil.

No que pertine à incapacidade, porém, é necessário observar que essa somente desafia a rescisória caso seja relativa (art. 4º, do Código Civil). Sendo absoluta (art. 5º, do Código Civil), provoca nulidade de igual magnitude (art. 166, inc. I, do Código Civil¹¹⁹), diante da qual não se possibilita a rescisória.¹²⁰

O inc. II alude expressamente à preterição de formalidades legais.

Tal disposição quer fazer ver que, violada qualquer regra legal atinente ao inventário, viabilizada estará a rescisória. Em tudo esta norma se assemelha ao quanto previsto no inc. V, do art. 485, do Código de Processo Civil, fato pelo qual nos permitimos fazer remissão ao que lá comentamos.

O inc. III faz menção ao herdeiro preterido ou àquele que indevidamente foi tomado por herdeiro.

Quando o herdeiro, seja qual for a sua qualidade, haja de qualquer modo participado do inventário, cabível o manejo da ação rescisória contra a sentença ali proferida. Essa decisão, indiscutivelmente, vincula a todos os que tomaram parte no processo.

No entanto, para o caso de o herdeiro preterido não ter participado do processo, como a sentença nesse prolatada não tem o condão de vinculá-lo (cf. art. 472, do Código de Processo Civil), a medida adequada a ser adotada é a petição de herança (arts. 1.824 e segs., do Código Civil), e não a rescisória.

6. Conclusão

A rescisória desempenha função extremamente preciosa dentro de nosso ordenamento.

Não repugna aos juristas a possibilidade de impugnação da *res judicata*, quando presentes determinadas situações que comprometem todo o sentido de justiça de qualquer julgamento.

Giuseppe Chiovenda, com ênfase, discorre sobre tal possibilidade de impugnação, reputando que o fato de isso ser admitido pela lei “...*nada tem, em si, de infenso à razão; pois que, efetivamente, a própria autoridade da coisa*

¹¹⁹ Ver, também, o teor do art. 169, do Código Civil.

¹²⁰ Nesse sentido THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, vol. I, p. 259.

*julgada não é absoluta e necessária, senão estabelecida por propósitos de utilidade e oportunidade..., e de tal forma que tais propósitos mesmos podem, uma que outra vez, aconselhar-lhe o sacrifício, para evitar o inconveniente e o mal maior, que resultariam da manutenção de uma sentença intoleravelmente injusta”.*¹²¹

Este pensamento permeia o nosso art. 485, em seus nove incisos, do Código de Processo Civil (além dos arts. 352, inc. II; e 1.030), o qual, como acima estudado, traz diversas hipóteses que permitem a revisão do julgamento, para que haja o resgate da justiça, para que o conteúdo da decisão passe a estar de conformidade com a vontade da lei, seja a afirmação dessa e não, como, no eventual *decisum* rescindendo, sua negação.

Especificamente sobre o art. 485, comenta Cândido Rangel Dinamarco que: *“Na nova ordem de relativização da coisa julgada material, é imperioso abrir os espíritos para a interpretação dos incisos do art. 485 do Código de Processo Civil, de modo a permitir a censura de sentenças ou acórdãos pelo prisma da constitucionalidade das decisões que contêm – ou seja, impõe-se a relativa e prudente flexibilização das hipóteses de admissibilidade da ação rescisória, para que ela sirva de remédio contra os males de decisões flagrantemente inconstitucionais, ou fundadas em prova falsa, na fraude ou no dolo de uma das partes em detrimento de outra etc.”*¹²²

Esta idéia de flexibilização, de ampliação dos horizontes da rescisória, está, no nosso sentir, afinada com os anseios de concreta realização do direito, para que se possa suprimir todo e qualquer obstáculo que se interponha à realização da justiça.

A proteção conferida pela coisa julgada, a necessidade de atendimento ao princípio da segurança e estabilidade jurídica são preceitos, de certo, impostergáveis.

Entretanto, não se pode defender tais princípios, isolando-os dos demais que igualmente integram nosso ordenamento jurídico, e prestigiar-se a permanência, sob o pálio da lei, da existência de decisão que afronte este mesmo ordenamento, que o viole de forma grave e desprestigiada.

Se, com Enrico Tullio Liebman, podemos afirmar que a finalidade máxima do processo é atingir-se a verdade, proclamar e realizar a justiça,¹²³

¹²¹ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed, Campinas: Bookseller, 2002, vol. III, p. 321.

¹²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Nova Era do Processo Civil*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 262.

¹²³ “Decisão e Coisa Julgada”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito (USP)*. São Paulo, 1946, vol. XL, p. 249.

temos, na ação rescisória, uma medida excepcional capaz de coadjuvar na busca desses desideratos, no combate à iniquidade e na manutenção do Estado de Direito.

7. Bibliografia

- ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*, vol. I, 11ª ed, Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- ARGENTINA. *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*. Buenos Aires: Zavalia. 1999.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo. Influência do Direito Material sobre o Processo*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- BERTOLI, Marcelo M. “Sobre as hipóteses de cabimento da ação rescisória”. In: *RePro*, jul./set. de 1994, nº 75
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- CALAMANDREI, Piero. *Direito Processual Civil*, vol. III, trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*. vol. III, trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: ClassicBook, 2000.
- ————. *Instituições de Processo Civil*, vol. I, trad. Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: ClassicBook, 2000.
- CHILE. *Código de Procedimiento Civil*, 15ª ed., Santiago: Jurídica de Chile, 2000.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*, 3ª ed., vol. III, trad. da 2ª ed. italiana por Paolo Capitanio, com notas de Enrico Tullio Liebman, Campinas: Bookseller, 2002.
- COSTA, Moacyr Lobo da. “Rescisória por descoberta de documento novo”. In: *Estudos de Direito Processual em Homenagem a José Frederico Marques no seu 70º Aniversário*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- COUTURE, Eduardo Juan. “Revocación de los actos procesales fraudulentos”. In: *Estudios de Derecho Procesal Civil, III*, Buenos Aires: Depalma, 1978.
- CRETILLA Júnior, J. *Curso de Direito Romano*, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1970.
- CRUZ E TUCCI, José Rogério. “A *causa petendi* na ação rescisória”. In: *Revista Forense*, vol. 339, jul./ago./set. – 1997. Rio de Janeiro: Forense.
- ————. *A Causa Petendi no Processo Civil*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2001.
- DELGADO, José Augusto. “Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. Efeitos da coisa julgada e os princípios constitucionais”. In: *RePro*, ano 26, jul./set., São Paulo: RT, 2001.

- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, t. II, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.
- ————. *Instituições de Direito Processual Civil*, v. III, São Paulo: Malheiros, 2001.
- ————. *Intervenção de Terceiros*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.
- ————. *Nova Era do Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 2003.
- ESPANHA. *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Madrid: La Ley, 2002.
- FARIA, Bento de. *Código Penal Brasileiro*, v. 7, 2ª ed., Rio de Janeiro: Record, 1959.
- FERREIRA, Pinto. *Teoria e Prática dos Recursos e da Ação Rescisória no Processo Civil*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1988.
- FRANÇA. *Nouveau Code de Procédure Civile*, 95ª ed., Paris: Dalloz, 2003.
- GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*, 2ª ed., Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1995.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*, vol. 2, 16ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.
- ITÁLIA. *Codice di Procedura Civile*. Lavis (Trento): Hoepli, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e outros Escritos sobre a Coisa Julgada*, 3ª ed., trad. Alfredo Buzaid e Benvidino Aires. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- ————. “Decisão e Coisa Julgada”. Separata da *Revista da Faculdade de Direito (USP)*. São Paulo, 1946, vol. XL.
- MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di Diritto Processuale Civile. Il Processo di Cognizione*, vol. II, Torino: G. Giappichelli Editore.
- MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. IV, Atualizador: Ovídio Rocha Barros Sandoval. Campinas: Millennium, 2000.
- MARKY, Thomas. *Curso Elementar de Direito Romano*, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995.
- MÉXICO. *Código Federal de Procedimientos Civiles*. Naucalpan: Delma, 2000.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*, 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2000
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*, atual. por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, 11ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- ————. “Ação rescisória: o objeto do pedido de decisão”. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, vol. 43, 3º trimestre, Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- PACHECO, Silva. *Evolução do Processo Civil Brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

- PISANI, Andrea Proto. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, 3ª ed., Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1999.
- PORTUGUAL. *Código de Processo Civil*. Lisboa: Dislivro, 2003.
- PAULA, Alexandre de. *Código de Processo Civil anotado*, vol. II, 5ª ed., São Paulo: RT, 1992.
- REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile. Il Processo Ordinario di Cognizione. Il Procedimento di Primo Grado. Il Sistema delle Impugnazioni*, vol. 2, 4ª ed., Milano: Giuffrè Editore.
- RIZZI, Luiz Sérgio de Souza. *Ação rescisória*. São Paulo: RT, 1979.
- ————. “Da ação rescisória”. In: *RePro*, abr./jun. de 1982, nº 26, São Paulo: RT.
- ROLIM, Luiz Antonio. *Instituições de Direito Romano*. São Paulo: RT, 2000.
- SANCHES, Sydney. “Ação rescisória por erro de fato”. In: *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, 1º bimestre, jan.-fev., vol. 68, São Paulo: Lex, 1981.
- SANTOS, Ernani Fidélis dos. *Manual de Direito Processual Civil*, 9ª ed., v.1, São Paulo: Saraiva, 2002.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, 17ª ed., rev. e atual. por Aricê Moacyr Amaral Santos, vol. 3, São Paulo: Saraiva, 1998.
- SIDOU, J. M. Othon. *Processo Civil Comparado. Histórico e Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, 39ª ed., vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- VIDIGAL, Luiz Eulálio de Bueno. *Da ação rescisória dos julgados*. São Paulo: Saraiva, 1948.
- WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. *Curso Avançado de Processo Civil*. Coord. Luiz Rodrigues Wambier, vol. 1, 4ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades do Processo e da Sentença*, 4ª ed., rev. e ampl., São Paulo: RT, 1998 (*Coleção Estudos de Direito de Processo* - Enrico Tullio Liebman; v. 16).
- ————. “Controle das decisões judiciais por meio de recurso estrito direito e de ação rescisória: recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória: o que é uma decisão contrária à lei?”, São Paulo: RT, 2002.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada. Hipóteses de Relativização*. São Paulo: RT, 2003.
- YARSHELL, Flávio Luiz. *Tutela Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 1999.

A investigação judicial no âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária e a titularidade da ação penal do Ministério Público

Arthur Pinto de Lemos Júnior

PROMOTOR DE JUSTIÇA DA CAPITAL (SP) E MESTRANDO EM CIÊNCIAS JURÍDICO-CRIMINAIS PELA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA

SUMÁRIO: I. Colocação do problema - II. O procedimento administrativo do juiz corregedor da Polícia Judiciária - III. A impossibilidade do arquivamento da apuração preliminar pelo juiz corregedor da Polícia Judiciária - IV. O juízo valorativo das diligências requeridas pelo Ministério Público à vista do problema colocado - V. Conclusões - VI. Bibliografia.

I. Colocação do problema

Pretendemos estudar a importante e anômala função do juiz corregedor da Polícia Judiciária de investigar crimes cometidos por membros da Polícia Civil e a intervenção do Ministério Público no correspondente procedimento judicial.

Tal função judicial pode ser discutida à vista da Lei de Prisão Temporária (Lei nº 7.960/89), que, em seu § 3º, do artigo 2º, determina a elaboração de exame de corpo de delito nos presos, nos dias correspondentes à entrada e

saída do cárcere. Como se trata de prisão provisória destinada à investigação, preocupou-se o legislador em assegurar a lisura dos atos da Polícia Judiciária.

Neste contexto, suscitamos dois problemas. Na eventualidade de os laudos médicos revelarem ferimentos no corpo do preso e se tais lesões apareceram no interregno da prisão temporária, poderá o mm. juiz de Direito corregedor da Polícia Judiciária instaurar procedimento administrativo criminal para apurar as circunstâncias das lesões corporais? Se possível, o magistrado corregedor pode determinar o arquivamento dos autos, não obstante o promotor de Justiça que oficia no feito pretenda a produção de outras provas, nos termos do artigo 16 do CPP?

Tais questões surgem no âmbito da atuação do Controle Externo da Atividade Policial, cuja atribuição no Estado de São Paulo hoje cabe aos promotores de Justiça que integram o Grupo de Atuação Especial do Controle Externo da Polícia Judiciária — *Gecep* — e dos excelentíssimos juízes do Departamento de Inquéritos e Polícia Judiciária — *Dipo*. O tema merece cuidadoso estudo, pois, além do aspecto prático voltado ao interesse da investigação criminal, a dogmática processual penal tem particular interesse na definição da polêmica.

II. O procedimento administrativo do juiz corregedor da Polícia Judiciária

Não se desconhece que, dentre as funções do MM. Juízo Corregedor da Polícia Judiciária, ao menos no Estado de São Paulo, adotou-se como praxe a instauração de procedimentos para a apuração de crimes cometidos por Policiais Cíveis. Na Capital de São Paulo, inclusive, várias ações penais já foram promovidas pelo Ministério Público, tendo como base probatória a eficiente investigação judicial levada a cabo pelos destemidos magistrados do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária (*Dipo*).

Ainda em São Paulo, tal apuração preliminar judicial encontra fundamento legal nas *atribuições gerais* do *Dipo* determinadas pela Egrégia Corregedoria-Geral da Justiça. De fato, o Código Judiciário do Estado de São Paulo, em seu artigo 50, prescreve que “*a correição permanente consiste na atividade fiscalizadora dos órgãos da Justiça sobre todos os seus serviços auxiliares, a Polícia Judiciária e os presídios, e será exercida nos termos do regimento próprio*”. Este dispositivo, portanto, dá amparo às normas regimentais do âmbito do Poder Judiciário paulista.

Assim, a Resolução nº 11 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, de 5 de julho de 1985, atribui àquele Juízo, no inciso II do seu artigo 2º, “*proceder as atividades inerentes à Corregedoria da Polícia Judiciária no âmbito da Capital*”. A sua vez e dentro do âmbito da Corregedoria dos Presídios, também exercida pelo Dipo, dispõe o item 156 do Capítulo V das Normas de Serviço da E. Corregedoria-Geral da Justiça, que “*as queixas e os pedidos formulados pelos presos deverão ser autuados no cartório, para o devido processamento, ouvido o representante do Ministério Público*”.

Como se não bastassem os dispositivos legais citados há que se reconhecer que a apuração do juiz corregedor, assim como a do Ministério Público, decorre daquilo que a doutrina denomina como “poder implícito”. Com efeito, coerente com o disposto no § 1º, do artigo 10 do CPP, cabe ao mm. juiz do Dipo da Capital de São Paulo receber e distribuir os inquéritos policiais. É ainda da alçada do juiz corregedor a prerrogativa de conferir à Polícia Judiciária autorização para a entrada em residência, sem anuência do morador (art. 5º, XI, CF); de autorizar a violação de correspondências e comunicações eletrônicas ou telefônicas (art. 5º, XII, CF); de decretar a prisão temporária e preventiva dos acusados etc.

Infere-se, assim, que a apuração dos delitos pelo juiz corregedor é inerente às funções outorgadas pela CF e pela lei processual penal. Ademais, a sistemática processual penal brasileira confere ao juiz e não ao Ministério Público o controle do inquérito policial, sendo, daí, de rigor reconhecer — ao lado do constitucional Controle Externo do Ministério Público dos atos da Polícia Judiciária (artigo 129, inc. VII, da CF) — como vigente o *poder apuratório* da Corregedoria do Dipo.

Disso tudo decorre o dever funcional do juiz de Direito de “*responsabilizar a autoridade (policial) que eventualmente tenha violado a lei*”¹ e, para tanto, de poder determinar a colheita das informações necessárias para a definição da materialidade e da autoria do delito. Aliás, “*o poder de apurar os fatos, em procedimento correicional, não lhe pode ser negado, sob pena de se tornarem letra morta as garantias constitucionais. Nem se alegue que outro órgão teria a função correicional. Nada obsta que a função correicional coexista em relação a vários órgãos. O regime democrático pede a existência de múltiplas*

¹ ARRUDA, Geraldo Amaral, “Da função correicional do juiz de Direito como atividade independente do poder hierárquico ou disciplinar”, in *RJTSP* 89, p. 32.

*formas de fiscalização do serviço público. Aliás, essa é a razão pela qual a democracia se defende melhor da corrupção do que os regimes de força”.*²

O desembargador Álvaro Lazzarini não tem outra conclusão: “O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público (art. 129, VII, da Cf) não exclui a atividade correicional do Poder Judiciário, órgão da soberania do Estado Democrático de Direito, que não pode ser subtraído, em hipótese nenhuma, da apreciação de lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, da CF)”.³

A jurisprudência também já reconheceu como válido o procedimento apuratório do Judiciário, como forma de apurar, esclarecer e, sobretudo, de exercer a efetiva Corregedoria da Polícia Judiciária:

“O trancamento e arquivamento do pedido não podem ser aceitos, vez que, conforme relatado, a competência para proceder as atividades inerentes à Corregedoria da Polícia Judiciária está escudada na Resolução nº 11 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Em face do exposto, por não estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal algum, denega-se a ordem” (TACrim/SP, 16ª Câmara, Habeas Corpus nº 369.340/5, j. 5/10/2000, relator Carlos Bonchristiano).

“Ação penal – Trancamento – Inadmissibilidade – Denúncia oferecida com base em elementos de prova coligidos no que se rotulou de sindicância perante o juiz corregedor – Validade – Ministério Público que pode se utilizar de outros elementos de prova para formar a opinião delicti e sustentar a ação penal – Carta Magna não vulnerada – Inocorrência de violação de competência – Ordem denegada. Nada impede que o juiz corregedor, ou mesmo o representante do Ministério Público possam apurar os fatos que lhe sejam comunicados diretamente, ainda que envolvam policial civil, quer no exercício de sua função ou a título de exercê-la” (relator Gentil Leite, Habeas Corpus nº 169.255-3, Osasco, 25/08/1994; sem negrito no original).

“Ação penal– Trancamento pretendido em habeas corpus – Alegação de que não se assegurou ao acusado o contraditório de provas em processo

² *Ibidem.*

³ ARRUDA, Geraldo Amaral, “Da função correicional do juiz de Direito como atividade independente do poder hierárquico ou disciplinar”, *cít.*, p. 32.

de sindicância – Irrelevância – Hipótese de simples procedimento de aferição da procedência ou na notícia crime – Recurso improvido.

Sendo a sindicância ou o inquérito simples procedimento de aferição da procedência ou não da notícia-crime, incabível reclamar contraditório de provas por conta do direito à ampla defesa.

Recurso conhecido mas improvido” (RHC nº 14.145-5, SP, 5ª T., j. 14.12.94, rel. min. Edson Vidigal, DJU 20/2/95, RT 718/481).

“Constrangimento ilegal – Não caracterização – Denúncia baseada em Sindicância Administrativa – Sindicância instaurada junto à Vara da Corregedoria da Polícia Judiciária – Irrelevância – Representante do Ministério Público que não quis valer-se do Inquérito Policial, por ser o paciente delegado de Polícia – Habeas Corpus denegado” (HC nº 164.618-3, Mogi das Cruzes, 05/05/94, relator Gentil Leite).

De outro ângulo, forçoso reconhecer que a apuração levada a efeito pelo Diplo decorre da própria Lei de Prisão Temporária — Lei nº 7.960/89: o § 3º, do artigo 2º recomenda a submissão do preso a exame médico, relativo ao dia de entrada e saída do cárcere. Como já escreveu o procurador de Justiça dr. Roberto Calderaro, *“se assim não fosse, não haveria razão para os presos passarem por exames físicos, realizados por médicos legistas oficiais”* (Parecer no *Habeas Corpus* nº 369.340/5, de 29/05/2000).

Na medida em que o juiz de Direito, através de seu competente departamento, preserva a função de corregedor externo da atividade da Polícia Judiciária — repita-se, não obstante a concorrente atribuição constitucional do Ministério Público (art. 129, inc. VII, CF) — e receba a notícia de crime envolvendo Policial Civil, deve o magistrado corregedor, com critério, determinar a instauração de procedimento administrativo para o esclarecimento do fato — como efetivamente tem ocorrido. Frise-se que o procedimento judicial — tal como o inquérito policial, ou outros procedimentos análogos, como o procedimento administrativo criminal do Ministério Público,⁴ de uma Comissão Parlamentar de Inquérito, ou mesmo a investigação fiscal — constitui simples

⁴ Dada a divergência de opiniões, não pretendemos discutir a legalidade da investigação criminal presidida pelo Ministério Público. Sobre isso nossa posição favorável, “A investigação criminal diante das organizações criminosas e o posicionamento do Ministério Público”, *Caderno Jurídico*, ano I, nº 3, outubro de 2001, Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, pp. 57/114; também VARALDA, Renato Barão, “Investigação Criminal e Tortura”, *Boletim do IBCCRIM*, ano 12, nº 139, junho de 2004, p. 6/7; e, em sentido contrário, editorial do IBCCRIM, *Boletim* ano 11, nº 135, fevereiro de 2004.

apuração consistente em coleta de dados para a aferição do fato criminoso, que poderá redundar na formação da *opinio delicti*, não do MM. juiz corregedor, mas do membro do Ministério Público que naquele setor judicial oficia.

Destarte, o procedimento apuratório do âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária assemelha-se ao inquérito policial, ou a uma sindicância. De acordo com a doutrina, essa (a sindicância) “*corresponde ao procedimento pelo qual se reúnem informações tendentes a fornecer elementos esclarecedores de determinados atos ou fatos, cuja apuração se faz no interesse superior e segundo a decisão da autoridade própria*”.⁵ “*Dito isto, chegamos à inquestionável conclusão de que quando não bem definida a infração, mas justificadamente presumida a sua existência, e quando, mesmo neste caráter ou, ainda, conhecida perfeitamente a sua existência, é desconhecida a autoria, instaura-se a sindicância*”. Pode-se dizer então que, “*nos dias atuais, a sindicância tem sido usada sob a forma de pequeno inquérito, para esclarecimento breve de um fato ou de sua autoria*”.⁶

Sendo assim, o simples ato de colher fatos supostamente criminosos, no interesse da Corregedoria da Polícia Judiciária, sem qualquer poder disciplinar e com a participação do Ministério Público, não pode ser definido como medida incabível. Ao contrário, trata-se de providência extremamente necessária, sobretudo nos dias atuais, em que, invariavelmente, se publicam notícias de envolvimento de policiais em graves crimes plurilocais e de alta complexidade, os quais exigem a união de diversos órgãos incumbidos da persecução para o êxito da investigação. Ademais, o inquérito policial enfrenta uma *crise* ainda não superada, o que não pode ser desconsiderado pelos órgãos incumbidos do Controle Externo da Polícia Judiciária.⁷

Ressalve-se, contudo, que a legalidade da apuração preliminar do Judiciário, sob a presidência de um dos seus eméritos magistrados, não o torna numa espécie de *juiz de instrução*, a ponto de poder dispor da investigação e da ação penal, em total desprezo ao *princípio da oficialidade* da promoção da acusação pelo *Parquet*.

Mister aprofundar esta questão.

⁵ OCTAVIANO, Ernomar, e GONZÁLEZ, Átila J., *Sindicância e Processo Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Leud, p. 21.

⁶ LUZ, Egberto Maia, *Direito Administrativo*, p. 123, *apud* GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, p. 819.

⁷ JÚNIOR, Aury Lopes, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001, p. 58.

III. A impossibilidade do arquivamento da apuração preliminar pelo juiz corregedor da Polícia Judiciária

Num estudo sobre o tema, o magistrado português José Mouraz Lopes define o juiz de instrução, “no âmbito do processo penal, (como) a autoridade judiciária com competência para proceder à instrução, decidir quanto à pronúncia e exercer as funções jurisdicionais relativas ao inquérito”.⁸ Nele, ou seja, no juiz instrutor, concentram-se todos os poderes: investigatórios e jurisdicionais.

Remonta, pois, o juiz de instrução à época do Estado autoritário ou absolutista, dos séculos XVII e XVIII, no qual havia a supremacia total do processo penal sobre o indivíduo. O juiz, vinculado que estava ao poder político dominante, simultaneamente, inquiria, decidia sobre o prosseguimento da pretensão punitiva do Estado, acusava, se fosse o caso, e julgava. Tinha o processo penal indisfarçável caráter inquisitório e não contava com a *independência hierárquica e funcional* do Ministério Público.

Tal modelo de juiz sucumbiu às luzes da Revolução Francesa e do Iluminismo; e o magistrado inquisidor cedeu seu *gabinete* à moderna figura do juiz de Garantias. Neste sentido, o mesmo magistrado português destaca que o “juiz de instrução é hoje essencialmente um juiz de liberdades”,⁹ responsável pela operacionalização da concordância prática dos interesses conflitantes do processo penal.

Mas o que importa aqui salientar, para além da inexistência e da inadmissibilidade do juiz de instrução, é a introdução do *sistema de freios e contrapesos* na complexa atividade de investigação criminal.

Depois do estatuto definitivo do *Code d’instruction criminelle*, de 1808, o processo de tipo acusatório substituiu de vez aquele de feição inquisitória. O processo penal de um Estado de Direito Democrático, por toda parte, ao consagrar o *princípio da oficialidade*, distinguiu, formal e materialmente, os poderes do juiz (seja de *instrução*, ou de *garantias*, seja de *julgamento*) e do Ministério Público.

Nesta divisão de poderes reza a CF brasileira, em seu artigo 129, inciso I:

⁸ *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 15.

⁹ *Idem*, p. 19.

*“São funções institucionais do Ministério Público:
I- promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”*

Ressalvada, então, a hipótese do artigo 5º, LIX, da CF (ação penal pública subsidiária e as ações privadas), foi concedida a exclusividade ao Ministério Público para a propositura da ação penal. É, pois, o *Parquet* o órgão oficial responsável pelo recebimento das peças de informações ou do inquérito policial e, por conseguinte, da apuração preliminar do juiz corregedor da Polícia, com vistas ao oferecimento da denúncia (artigos 16 e 24 do CPP). Para tanto, poderá o promotor de Justiça, ao invés de dar início à ação penal, requerer o arquivamento das peças de informações ou do inquérito policial, ou provocar a realização de novas investigações criminais. De fato, como bem observa Mirabete, afigura-se como legítimo ao Ministério Público “a verificação da conveniência, necessidade e utilidade das diligências probatórias uma vez que é o titular da ação penal e deve oferecer a denúncia”.¹⁰

Portanto, norteado pelo *princípio acusatório*, o CPP impede que o Ministério Público determine medidas processuais penais que atinjam a liberdade ou intimidade do cidadão acusado, reservando tal mister ao juiz — de Garantias — de Direito. Ao mesmo tempo, tirou das mãos do magistrado o poder de dar início à ação penal e, por conseguinte, de avaliar o conjunto probatório das peças de informações ou do inquérito policial com vistas ao oferecimento da denúncia. Esta aferição fica reservada, tão-somente, ao instante processual do recebimento da denúncia.

Nem se diga que cabe ao magistrado avaliar a pertinência ou a prescindibilidade das diligências probatórias. Com efeito, se tem o Ministério Público a exclusividade para o exercício da ação penal pública, não tem sentido o juiz querer formar sua opinião sobre o quadro probatório com vistas ao oferecimento da denúncia. Aplicação diferente dessa regra importa, sem dúvida, *em inversão tumultuária do processo* passível de Correção Parcial.

Com precisão afirma Hugo Nigro Mazzilli, “se o Ministério Público goza de parcela da soberania estatal para dizer a palavra final sobre se é ou não o caso de promover a ação penal pública, conseqüente disso é que estabeleça quando e em que medida as informações o satisfazem para formar sua opinião delictis”. Em definitivo, “é do Ministério Público a última palavra sobre o não-oferecimento

¹⁰ Código de Processo Penal Interpretado, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1994, p. 55.

*da denúncia, por via de consequência também é dessa instituição o juízo sobre a imprescindibilidade de uma diligência que visa, tão-somente, a formar a convicção do próprio órgão ministerial sobre a existência de base para a imputação em matéria de ação penal pública, decisão essa para a qual o Ministério Público tem legitimação constitucional privativa”.*¹¹

É verdade que, no procedimento apuratório do juiz corregedor, em vez da Polícia Judiciária, é o próprio magistrado quem preside e determina as providências necessárias para o esclarecimento do fato criminoso. Contudo, essa verdadeira função de *juiz instrutor* não pode violar o *princípio* constitucional da *oficialidade*, sob pena de manifesta nulidade do ato jurisdicional. De todo aplicáveis, neste particular, as observações de Aury Lopes Jr.:

*“Nos sistemas que adotam uma investigação preliminar judicial, o juiz instrutor é a máxima autoridade, responsável pelo impulso e direção oficial. É o principal responsável pelo desenvolvimento da instrução preliminar. Como protagonista, o juiz instrutor detém todos os poderes para realizar as investigações e diligências que entenda necessárias para aportar elementos de convicção que permitam ao Ministério Público acusar, e a ele decidir, na fase intermediária, pela admissão ou não da acusação.”*¹²

Sublinhe-se que a sistemática processual acima, fundada no citado *princípio acusatório*, mais do que mera divisão de papéis entre os órgãos oficiais do Estado constitui *“uma declaração (...) que vale por todo um programa processual penal e que respeita, muito concretamente, aos direitos, liberdades e garantias do cidadão”*.¹³ Para Giuseppe Bettiol,¹⁴ tal programa identifica-se com uma *Justiça democrática*, indispensável para a manutenção do nosso atual Estado de Direito.

Reconhecida a importância *dos princípios acusatório e da oficialidade*, bem como a conexão das correspondentes regras processuais à Constituição Federal, fica clara a *impossibilidade de o juiz corregedor da Polícia Judiciária arquivar de ofício, sem a devida e constitucional promoção do Ministério Público, a apuração preliminar instaurada no seu âmbito de atuação*.

¹¹ “Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal”, in *Justitia* 193, ano 63, jan./mar., 2001, p. 62.

¹² *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, cit., p. 63.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo, “A nova constituição e o processo penal”, *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 36, Lisboa, 1976, p. 105.

¹⁴ *Instituições de Direito e Processo Penal*, trad. M.da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Edt, 1974, p. 211.

Rejeitar a conclusão acima significa abandonar a estrutura acusatória do processo penal, conquistada pelo Estado de Direito Democrático, a favor de uma involução inquisitória. Nesse sentido, a esmagadora jurisprudência, em especial a paulista, interpreta o artigo 16 do CPP no sentido de o juiz não poder se opor ao pedido de novas diligências investigatórias no inquérito policial.

“Indeferimento de diligência requerida pelo Ministério Público que, inconformado, solicitou correição parcial. Acolhimento desta” (RT 573/363, TJ/SP).

“O indeferimento de diligências importantes para a descoberta da verdade — fim precípua da Justiça Criminal, em defesa da própria sociedade — é incompreensível, deixando transparecer intolerância e inaceitável espírito de emulação ou de rivalidade, autorizando, pois, o deferimento de correição parcial” (RT 573/363, TJ/SP).

“Inquérito policial – Arquivamento – Determinação ex officio pelo juiz – Inadmissibilidade – Crime de ação penal pública – Necessidade de manifestação do Ministério Público – Correição parcial deferida para cassar a decisão, encaminhados os autos ao órgão do Parquet. ...consoante foi bem sustentado, nas razões da correição, não podia o mm. juiz corrigido determinar, de ofício, o arquivamento do inquérito policial. Sem manifestação nesse sentido do Ministério Público, não pode o juiz ou o tribunal determinar o arquivamento de peças de informação ou de inquérito policial referentes a crime de ação penal pública, porque há ofensa ao princípio ne procedat iudex ex officio” (Correição Parcial nº 291.850-3, Sumaré, JTJ 237, p. 356, corpo do acórdão, negrito nosso).

“Não é dado ao juiz julgar da necessidade ou não da volta dos autos à polícia, para novas diligências consideradas imprescindíveis pelo promotor, para o oferecimento da denúncia” (RT 394/93, TJ/SP).

Recente decisão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo bem examinou a questão e destacou:

“...o Ministério Público não terá — jamais — a chance de provar nada, caso seja interrompida a investigação agora, inclusive sem a feitura das

diligências requeridas pelo Parquet. Não se diga, por outro lado, que o caso poderia ser investigado com a instauração de inquérito policial, por evidente questão de ordem prática, e em estrita obediência ao princípio da economia processual.

Em suma, data maxima venia, não estando concluída a sindicância, não é esta a hora de se trancar o procedimento, nem — menos, ainda — de se afirmar que a representada é culpada ou inocente” (Correição Parcial nº 426.128-3/1-00, Comarca de São Paulo, TJ/SP, rel. des. Ricardo Tucunduva, j. 16.10.2003).

Júlio Fabbrini Mirabete segue a mesma solução:

“Indeferido o pedido de diligências, pode o Ministério Público ou o ofendido, conforme o caso, interpor correição parcial (arts. 93 a 96 do Código Judiciário de São Paulo, Decreto-lei Complementar nº 3/69)”¹⁵

Não são outros os ensinamentos de Tourinho Filho:

“De notar-se que o titular do jus puniendi é o Estado, e o órgão incumbido de promover a ação penal é o Ministério Público. A este cumpre verificar se é caso ou não de promovê-la. Do contrário, estaria o juiz (ai, sim) invadindo seara alheia, pois exerceria, de maneira oblíqua, o poder de ação.”¹⁶

Nem se diga que, tratando-se de procedimento administrativo, sindicância ou apuração preliminar do juiz corregedor, não se aplicam as regras do CPP alusivas ao inquérito policial. Ora, como as investigações criminais do âmbito da Corregedoria da Polícia Judiciária não contam com regulamentação processual, impõe-se a aplicação das normas do CPP, nos termos do artigo 1º e do *princípio da territorialidade da lei processual penal*. Como já reconheceu o Supremo Tribunal Federal, *“a sindicância e o inquérito policial constituem meios construtórios da Ação Penal”¹⁷* e, como tais, devem seguir as normas estatuídas no CPP.

De outro modo, mesmo que se admita, ao menos em parte, um juiz

¹⁵ Código de Processo Penal Interpretado, cit., p. 55.

¹⁶ Processo Penal, 1º vol., 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1990, p. 358.

¹⁷ STF, Primeira Turma, relator ministro Djaci Falcão, DJU 14/6/1971.

corregedor *instrutor* do Dipo, esse magistrado, por força do artigo 129, inciso I, da CF, e do artigo 24 do CPP, não pode desvincular-se da exclusividade do Ministério Público para formação de sua *opinio delicti* e, escudado numa norma interna da Corregedoria-Geral da Justiça, como adverte Tourinho Filho, exercer de forma oblíqua a ação penal. Pensar diferente dá azo a crítica de Aury Lopes Jr.: “... *em lugar de caminhar cada vez mais em direção à figura do juiz garante, alheio à investigação e verdadeiro órgão suprapartes, está sendo tomado o caminho errado do juiz instrutor. (...) Em definitivo, o bom inquisidor mata o bom juiz, ou, ao contrário, o bom juiz desterra o inquisidor*”.¹⁸

Se o juiz corregedor da Polícia Judiciária tivesse o poder de concluir ao seu talante a apuração preliminar, com independência da opinião do Ministério Público, estaria esse órgão transmutando-se em subserviente do Poder Judiciário, em total afronta ao *princípio da independência funcional* consagrado na CF, § 1º do art. 127. Teria, assim, o *Parquet* que denunciar quando o juiz corregedor entendesse concluída a investigação criminal e estivesse formada sua opinião sobre o crime; assim como teria que arquivar os autos, quando o mesmo magistrado entendesse inviável prosseguir na apuração criminal.

Da mesma forma como o juiz corregedor não pode determinar o início da ação penal ao membro do Ministério Público, à vista de peças de informações com notícias de crimes, ou depois da análise do inquérito policial, ou de procedimentos apuratórios de seu âmbito de instauração, porquanto aludido juiz tem que aplicar o artigo 28 do CPP, fica vedado, de igual forma, o arquivamento dos autos sem a prévia promoção do promotor de Justiça, ou do procurador-geral de Justiça.

Na situação como a presente, Hugo Nigro Mazzilli defende a aplicação analógica do artigo 28 do CPP:

“Em primeiro lugar, se a diligência pretendida pelo órgão do Ministério Público é imprescindível para o oferecimento da denúncia, não a pode indeferir o juiz, nem a pode dispensar o próprio procurador-geral de Justiça, sob pena de proferir a primeira decisão passível de interposição de correição parcial, ou cometer o segundo invasão de

¹⁸ *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, cit., p. 71; itálico (negrito) original.

*atribuições do promotor a quem a lei cometeu tomada dessa decisão. Em caso contrário, se a diligência é prescindível, deve-a indeferir o juiz, e agora, sim, com fundamento analógico no art. 28 do Código de Processo Penal, o procurador-geral decidirá se dará denúncia, ou designará quem o faça, ou até mesmo propenderá de plano pelo arquivamento do inquérito policial, pois, se a diligência não é imprescindível mas também não é o caso de oferecimento de denúncia, a solução jurídica não pode ser outra senão o arquivamento das investigações.”*¹⁹

Em última análise, o artigo 2º, inciso I, da Resolução nº 11 do órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a finalidade de aperfeiçoar o Setor de Inquéritos Policiais e *Habeas Corpus*, determina competir ao Diplo “*todos os atos relativos a inquéritos policiais e seus incidentes, bem como os pedidos de habeas corpus, autos de prisão em flagrante, pedidos de prisão preventiva e restituição de coisas apreendidas, inclusive determinar o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças informativas, sem prejuízo do disposto no artigo 28 do CPP*” (destaque nosso). Não incorreu, portanto, a citada Resolução na inversão tumultuária do processo, na medida em que impôs a aplicação do artigo 28 do CPP.

Cabe ainda analisar a avaliação do caráter da imprescindibilidade das diligências requeridas pelo Ministério Público.

IV. O juízo valorativo das diligências requeridas pelo Ministério Público à vista do problema colocado

Para solucionarmos a segunda parte do problema delineado no início desta jornada, aplicamos, por analogia, o artigo 16 do CPP, o qual dispõe que o Ministério Público poderá requerer a devolução do inquérito policial para novas diligências, desde que imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

Entendemos que não pode o MM. juiz corregedor da Polícia Judiciária indeferir as diligências investigatórias pleiteadas pelo promotor de Justiça, sob o argumento de que o preso, alvo da prisão temporária, foi devidamente condenado na Vara Criminal em que ensejou a custódia. E isso vale mesmo

¹⁹ “Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal”, in *Justitia* 193, ano 63, jan./mar., 2001, p. 61; sem negrito no original.

que o magistrado dessa última Vara tenha fundamentado a condenação também no interrogatório policial do representado pela prisão temporária, porquanto a lisura formal dessa prova policial não afasta a ocorrência dos alegados abusos e das torturas.

O termo de interrogatório policial pode mesmo atender as formalidades legais e, daí, não haver motivo para desconsiderá-lo. Agora, isso não significa que eventuais abusos praticados antes dos interrogatórios não possam ser considerados como criminosos. A experiência demonstra que os *suspeitos*, antes de serem interrogados formalmente e submetidos a interrogatórios policiais perante o delegado de Polícia, são levados ao Setor de Investigação e submetidos a uma conversa informal com os investigadores de Polícia, sem que outras pessoas possam presenciar o desenrolar dos acontecimentos. Cabe aqui lembrar ambivalente proposta de *“torturar apenas os obviamente culpados”*.²⁰

Como sempre ocorre, *“a justificação oficial para a tortura tem sido sempre a necessidade de obter informação”*.²¹ Para tanto, nesta hipótese de truculência da polícia, os variados métodos utilizados — generalizados na tortura física ou mental — procuram atemorizar o *suspeito* e deixá-lo com medo suficiente. Em consequência, o interrogatório formal será o mais retilíneo possível, pois, caso contrário, os atos de tortura poderão se repetir.²²

Diante desse contexto, nada obsta o prosseguimento das investigações no âmbito judicial da Corregedoria da Polícia, sendo imperioso que os presos da temporária tenham a oportunidade de reconhecer os supostos agentes dos atos de tortura e individualizar a conduta de cada um. Mesmo porque a Lei de Tortura (Lei nº 9.455/97) dispõe que, se o detentor do dever legal de apurar os atos criminosos relacionados com a tortura se omitir, incorrerá em pena de detenção de um a quatro anos (§ 2º, artigo 1º).

Ademais, o indeferimento das providências pleiteadas pelo Ministério Público e o arquivamento do procedimento administrativo em trâmite perante

²⁰ INNES, Brian, *Tortura na Política e na Religião da Antiguidade aos Nossos Dias*, trad. Nelson Pinto Horta, Sintra: Editorial Inquérito, 2001, p. 9. Vale destacar ainda que o Relatório da ONU sobre Direitos Humanos, divulgado em 11 de abril de 2001, relata que *“os presos, vítimas de tortura, são, na maioria das vezes, pessoas das camadas mais baixas da sociedade e/ou de descendência africana, ou que pertencem a grupos minoritários”* (apud, VARALDA, Renato Barão, “Investigação criminal e tortura”, *cit.*, p. 6).

²¹ *Idem*, p. 8.

²² O aperfeiçoamento dessas táticas de torturas culminou no conceito do bom e do mau investigador. Depois de ser submetido a maus tratos e a uma tortura mental, aproxima-se o bom policial que afirma: *“ouça lá ... eu não estou de acordo com o modo como tem estado a ser tratado. Não é justo. Por que não me conta tudo? Se confiar em mim, farei com que não passe por tido isto de novo”* (*idem*, p. 214).

a Corregedoria do Judiciário implica manifesto *error in procedendo* e, repita-se, de forma indireta, assume o mm. juiz a titularidade do exercício, ou não, da ação penal, função essa reservada pela CF ao Ministério Público. Por conseguinte, afigura-se-nos como equivocada e precipitada a decisão do magistrado corregedor, quando indefere a produção de diligências investigatórias requeridas pelo Ministério Público, sob o argumento de que o preso da temporária foi condenado pelo crime em que ensejou a custódia para a investigação.

O poder corregedor da Polícia Judiciária não pode compactuar com uma suspeita de abuso a um preso temporário, mesmo porque a prova colhida nos autos do processo crime se referiu ao delito o qual o representado teria cometido, e não à alegada tortura. De rigor, então, o esclarecimento dos fatos imputados aos policiais e a produção de todas as providências possíveis para a formação de segura opinião sobre o crime, sem o que os índices das cifras negras em torno do crime de tortura ganhará mais um lamentável ponto em sua contagem e verdadeiras serão as conclusões da Anistia Internacional:

“Um homem admite ter colocado uma bomba: a tortura salvará vidas. Um homem é suspeito de ter colocado uma bomba: a tortura revelá-lo-á. Um homem tem um amigo suspeito de ter colocado uma bomba: a tortura levar-nos-á até ao suspeito. Um homem tem opiniões perigosas e pode estar a pensar em colocar uma bomba: a tortura revelará os seus planos. Um homem conhece o que tem opiniões perigosas e provavelmente pensa da mesma maneira: a tortura levar-nos-á a conhecer outros. Um homem recusou-se a dizer onde está um suspeito: a tortura intimidará outros que possam fazer o mesmo.”

V. Conclusões

1. Tem o juiz de Direito corregedor da Polícia Judiciária respaldo legal para apurar a notícia de crime praticado por policial Civil, não obstante a concorrente atribuição do Ministério Público e da própria Corregedoria da Polícia Civil.
2. Coerente com o conteúdo dos princípios da oficialidade e acusatório, o CPP impede que o Ministério Público determine medidas processuais penais que atinjam a liberdade ou intimidade do cidadão acusado, pois tal mister fica reservado ao juiz — de Garantias — de Direito. Ao mesmo tempo, não pode o magistrado dar início à ação penal e, por

consequente, avaliar o conjunto probatório das peças de informações ou do inquérito policial com vistas ao oferecimento da denúncia, porquanto tal análise ocorre apenas após o oferecimento da peça acusatória.

3. Na hipótese de o Ministério Público requerer, nos autos do procedimento judicial apuratório, a realização de diligências e o magistrado discordar de sua pertinência, deverá ser aplicada, por analogia, a regra do artigo 28 do CPP.
4. Tais questões aplicam-se no poder-dever do juiz corregedor da Polícia Judiciária, nos autos do procedimento judicial que objetivou a decretação da prisão temporária, de apurar eventual notícia de crime de abuso de autoridade e/ou tortura.

VI. Bibliografia

- ARRUDA, Geraldo Amaral, “Da função correicional do juiz de Direito como atividade independente do poder hierárquico ou disciplinar”, in *RJTJSP* 89, p. 32.
- BETTIOL, Giuseppe, *Instituições de Direito e Processo Penal*, trad. Manuel da Costa Andrade, Coimbra: Coimbra Edt., 1974.
- DIAS, Jorge de Figueiredo, “A nova constituição e o processo penal”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, nº 36, Lisboa, 1976.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho, *Processo Penal*, 1º vol., 12ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1990.
- GASPARINI, Diogenes, *Direito administrativo*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.
- INNES, Brian, *Tortura. Na Política e na Religião da Antiguidade aos Nossos Dias*, trad. Nelson Pinto Horta, Sintra: Editorial Inquérito, 2001.
- JÚNIOR, Aury Lopes, *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- LOPEZ, José Mouraz, *Garantia Judiciária no Processo Penal. Do Juiz e da Instrução*, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, “Considerações sobre a aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal”, in *Justitia* 193, ano 63, jan./mar., 2001.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini, *Código de Processo Penal Interpretado*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1994.
- OCTAVIANO, Ernomar, e GONZÁLEZ, Átila J., *Sindicância e Processo Administrativo*, 9ª ed., São Paulo: Leud.
- VARALDA, Renato Barão, “Investigação Criminal e Tortura”, *Boletim do IBBCRIM*, ano 12, nº 139, junho de 2004.

A liberdade de imprensa e a proteção à imagem à luz da teoria dos papéis sociais

Luis Manuel Fonseca Pires

JUIZ SUBSTITUTO NO ESTADO DE SÃO PAULO, ESPECIALISTA EM DIREITO PÚBLICO PELA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA E MESTRANDO EM DIREITO ADMINISTRATIVO PELA PUC-SP

SUMÁRIO: I. Introdução: a normatividade dos princípios - II. Do conflito das regras e da colisão dos princípios - III. A teoria dos papéis sociais - IV. Bibliografia.

I. Introdução: a normatividade dos princípios

A proposta do presente trabalho é tratar do conflito que não poucas vezes se assoma entre o *princípio da liberdade imprensa* e o *da proteção à imagem*, mas sob um elemento diferenciado e assaz esclarecedor para a solução dessa aparente antinomia,¹ isto é, sob a teoria dos papéis sociais.

Mas, sem se deixar o tema proposto — ao contrário, justamente por sua causa —, é preciso anotar, ainda que brevemente, alguns apontamentos sobre a normatividade dos princípios e, em passo seguinte, o que se desenvolve

¹ Aparente antinomia porque acedemos às lições de Norberto Bobbio para quem o conflito de princípios representa uma antinomia imprópria: “As antinomias de princípio não são antinomias jurídicas propriamente ditas, mas podem dar lugar a normas incompatíveis” (*Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999, p. 90). O renomado jurista italiano observa, após discorrer sobre os critérios de solução das antinomias (cronológico, hierárquico e o da especialidade), e ainda sobre a possibilidade de um conflito entre os critérios (antinomia de segundo grau), a circunstância de constatar-se a insuficiência dos critérios — e parece ser o caso do presente trabalho —, isto é, defrontar-se o intérprete com normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais (insuficientes, respectivamente, os critérios cronológico, hierárquico e o da especialidade) (*op. cit.*, capítulo 3).

na mais auspiciosa doutrina contemporânea acerca da colisão dos princípios.²

Como leciona o mestre Paulo Bonavides³: *“A juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”* (p. 232).

Na chamada fase jusnaturalista, os princípios eram tratados como proposições excessivamente abstratas e, por isso, de normatividade duvidosa. A concepção metajurídica infirmava sua importância para a ciência do Direito. Havia, por isso, descrédito na importância dos princípios como fonte normativa e o apego exacerbado e quase místico à literalidade dos textos normativos, é dizer, apenas às *regras* — e em sua interpretação literal, de preferência — consagrava-se real importância.

Posteriormente, no período denominado como positivista, os princípios passaram a ser encontrados no ordenamento jurídico; reconheceu-se então, de certa forma, sua normatividade, mas apenas como fonte normativa subsidiária.⁴ Primeiro, o intérprete deveria aplicar a *regra* e, só na sua ausência, franqueava-se o caminho para a analogia; se fosse insuficiente, buscar-se-ia nos costumes a resposta anelada; e, só na carência desses instrumentos, ao intérprete restaria permitido perquirir os princípios: os princípios gerais do Direito.

Apenas nos idos da década de 50 do século passado é que se inicia, ainda timidamente, o volver dos princípios como o pedestal normativo do ordenamento jurídico⁵ — é a chamada fase pós-positivista.

A dogmática contemporânea, nesta esteira, reconhece a *norma* como o gênero do qual são espécies os *princípios* e as *regras*. Em outras e melhores palavras: *“(...) não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade, as normas compreendem regras e princípios, a distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie”* (Paulo Bonavides, *op. cit.*, p. 259).

E é sob este prisma que parece bem se enquadrar o conceito de princípio como *“(...) mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição*

² Mesmo antes de submetermos os princípios da liberdade de imprensa e da proteção à imagem à teoria dos papéis sociais, é preciso estabelecer qual o critério a ser seguido na colisão dos princípios, de uma forma geral.

³ *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

⁴ É o caso do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil.

⁵ Como representação deste desenvolvimento vale o registro do pensamento de Hans Kelsen, ícone do positivismo, que negava qualquer importância jurídica aos princípios. Por outro lado, Crisafulli e Boulanger, na década de 50, são os precursores da teoria da normatividade dos princípios, conforme anota Ruy Samuel Espíndola (*Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002).

fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico” (Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 771-772).

Ou nas lições do jurista português, o professor Jorge Miranda: “*Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles — numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais — fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em ‘normas-princípios’ e em ‘normas-regras’*” (*Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, pp. 626-627).

Para o mestre Bonavides, os princípios, na fase pós-positivista — período em que vivemos —, cumprem três funções de extrema importância: *a)* a função de ser o fundamento da ordem jurídica, *b)* a função orientadora do trabalho interpretativo e *c)* a função de ser fonte em caso de insuficiência da lei e do costume (*op.cit.*, p. 255).

Não se descurem os princípios, como se vê, de sua função suplementar (item *c* no parágrafo supra), mas antes se encontram — e em muitos casos serão suficientes — como o núcleo do sistema jurídico (item *a*).

É preciso, então, com a compreensão de que os *princípios* e as *regras* são espécies do gênero *norma jurídica*, solucionar os confrontos que surgem na interpretação-aplicação do Direito.

II. O conflito de regras e a colisão de princípios

Mas, se princípios e regras são normas, é necessário então distingui-los. E é nesta seara que se encontram as valiosas lições de Ronald Dworkin⁶ e Robert Alexy⁷ — às quais aderimos — sobre a solução dos conflitos e colisões que ocorrem nos casos concretos.

⁶ *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

⁷ Em notável trabalho em que a doutrina de Alexy é tratada e cotejada com outras de insignes juristas, o professor Eros Roberto Grau explana a sua importância para a ciência do direito (*Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003).

Da contribuição desses afamados juristas podemos sintetizar suas idéias de acordo com o que nos parece estritamente necessário à compreensão do tema principal — a colisão dos princípios da liberdade de imprensa e da proteção à imagem:

As regras: *a)* contêm um grau de generalidade relativamente baixo; *b)* diante de uma contradição, elimina-se uma das regras. Nas palavras do próprio Dworkin: “*As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e, neste caso, a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e, neste caso, em nada contribui para a decisão*”.⁸ Isto é, as regras relacionam-se com a *validade*. Uma regra deixa de ser aplicada se for inválida, ou se houver outra mais específica (critério da especialidade para o conflito de antinomias, conforme Bobbio⁹) ou se não estiver mais em vigor (se já foi editada para durar por certo tempo, como ocorre, por exemplo, com as disposições transitórias). A aplicação das regras ocorre, predominantemente, mediante *subsunção*, é dizer, verifica-se, diante de um caso concreto, se os fatos se amoldam à descrição normativa: o texto da norma trata de elementos que encontram correspondência com a situação fenomênica que reclama solução. Assim, as regras são normas que exigem um cumprimento pleno e, por isso, podem ser somente ou cumpridas ou não cumpridas.¹⁰

Por outro giro, os princípios: *a)* possuem um grau de generalidade relativamente alto¹¹; *b)* diante de uma contradição, prevalecerá um princípio (o de *peso* maior no *caso concreto*) e o outro apenas recuará sem ser declarado inválido. A relação entre esta espécie normativa é diferente, pois, da que ocorre com as regras, uma vez que, ao se confrontarem os princípios, não se perquire qual *vige*, mas sim qual *vale* — o que implica dizer que, diante de nova colisão, o princípio outrora preterido poderá prevalecer, ou mesmo sob a situação original, com alguma mudança de um dado fático no curso do tempo, poderá justificar-se a mitigação do princípio prevalecente e o retorno do que foi arrostado.

⁸ *Op. cit.*, p. 39.

⁹ Ver nota de rodapé nº 1.

¹⁰ O tema é brilhantemente laborado por Luis Roberto Barroso em *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003, pp. 283-330.

¹¹ É nesta esteira que se põe Norberto Bobbio, segundo transcrição de Paulo Bonavides: “*Os princípios gerais são, a meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. (...) antes de tudo, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécies animais obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas*” (*op. cit.*, p. 236).

Os princípios relacionam-se, portanto, com os *valores* que prestigiam. Ou, em outras palavras: os princípios têm uma dimensão de peso ou importância; por isso, sua aplicação se dá por uma *ponderação de valores* (ou *ponderação de interesses*), o que deve ocorrer diante do *caso concreto*.

E, por fim: *c*) os princípios são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas que se apresentam. São, na expressão cunhada por Alexy, *mandados de otimização*: caracterizam-se por exigirem a concretização de suas prescrições na mais robusta intensidade possível.¹²

Breves e necessários exemplos, armados aqui com o propósito de melhor esclarecer as diferenças acima arroladas, tornarão mais claro o tema:

Na distribuição do ônus da prova, no processo civil, pode-se asseverar que há, ao menos, duas normas aparentemente conflitantes: de um lado, a disciplina do art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, que determina a inversão do ônus quando for verossímil a alegação do consumidor ou for ele hipossuficiente, e, de outro, as disposições do art. 333 do Código de Processo Civil, principalmente o inciso I, que estabelece ser do autor o ônus da prova sobre os fatos constitutivos do seu direito.

Qual norma deve prevalecer?

Deve-se, por primeiro, identificá-las, em nosso entender, como *regras*, pois a generalidade das suas disposições é consideravelmente reduzida e elas cuidam de circunstâncias que se resolvem por subsunção: ou se trata de uma relação de consumo,¹³ e com um consumidor que tecnicamente se mostra hipossuficiente, ou sua narrativa é mesmo verossímil, e aí haverá a inversão, ou se trata, no exemplo que armamos, de uma relação comercial, e então pouco importa a situação do autor ou mesmo a plausibilidade de sua história, não haverá inversão alguma.

O conflito resolve-se sob o critério do “tudo-ou-nada”: ou é uma relação de consumo e com as circunstâncias exigidas no inciso VIII do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor, e então há a inversão, ou se cuida de uma

¹² Alexy reverte o aspecto *quantitativo* que comumente se atribua na distinção entre princípios e regras (os primeiros mais genéricos que os últimos) para uma dimensão *qualitativa* desta generalidade.

¹³ Não apregoamos que toda relação de consumo tem a inversão do ônus da prova. Mas, para exemplificar a aplicação das lições acima trazidas, cuidamos de uma situação de consumo em que hipoteticamente estão presentes os pressupostos exigidos pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor.

relação comercial e em momento algum da instrução haverá a inversão do ônus da prova.

Já, num contexto fático em que vêm à baila a liberdade de imprensa, a justificar a divulgação de uma notícia, e a proteção à imagem, a pretender obstaculizar (ou reparar) o mesmo fato, há um conflito de princípios — a generalidade da força normativa, primordialmente pelo aspecto *qualitativo*¹⁴ dos valores que consagram, não deixa dúvidas a respeito da natureza jurídica dessas normas: são princípios.

Mas, sem se dispensar a orientação propugnada por Dworkin e Alexy — de que tratamos nos parágrafos precedentes —, parece-nos que a *teoria dos papéis sociais* encarece os mecanismos de solução desta colisão em estudo.¹⁵

III. A teoria dos papéis sociais

A colisão que se estuda diz respeito aos princípios da *liberdade de imprensa* — do qual decorrem a *liberdade de pensamento* (art. 5º, IV, da CF), a *de opinião* (art. 5º, IX e art. 220) e o *direito de informar e de ser informado* (art. 5º, XIV e XXXIII) — e da *proteção à imagem*, preceitos igualmente previstos na Constituição Federal, sendo válido anotar, desde já, que o art. 220, § 1º, ao rechaçar a possibilidade de lei embaraçar a plena liberdade de informação jornalística, ao mesmo tempo expressa a necessidade de ajuste da notícia ao disposto no art. 5º, incisos IV, V, X, XIII e XIV, do mesmo diploma.

¹⁴ Ver nota de rodapé nº 12.

¹⁵ Mesmo nos limites em que esta introdução se deve manter, é preciso, ainda que sucintamente, registrar outras posições, de renomados juristas, a respeito do tema. Kelsen, como vimos, nega qualquer importância jurídica aos princípios. Carrió faz críticas a Dworkin porque as regras também têm uma “textura aberta” — o que seria, segundo ele, motivo para infirmar os argumentos desenvolvidos por Dworkin. Boulanger diz que a *regra* é geral, porque, apesar de estabelecida para um número indeterminado de atos ou fatos, não regula senão tais atos ou fatos, enquanto o princípio comporta uma série indefinida de aplicações. Crisafulli faz a distinção entre princípios e regras com o destaque da maior generalidade dos primeiros. Luís Pietro Sanchis entende que *regras* e *princípios* não são duas classes de enunciados normativos, mas duas estratégias interpretativas; quer dizer, então, que a diferença entre princípio e regra apenas surgiria no momento da interpretação do texto normativo. Enteria divisa uma terceira espécie de norma: os valores, isto é, seriam espécies de norma os princípios, as regras e os valores. Eros Roberto Grau, por seu turno, compreende que as *regras* são aplicações dos *princípios*, em outras palavras, as *regras* são a concreção dos princípios; por isso, os princípios cumprem uma função interpretativa. E é neste último sentido que também se posiciona Juarez Freitas: “As regras, por sua vez, operam como normas-meio para o incremento da efetividade sistemática e sistematizadora das finalidades incorporadas, sem unilateralismos, pela rede de princípios” (*O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 29). Mas, por derradeiro, vale o registro, novamente, da percuciente análise do professor Paulo Bonavides no sentido de que a *jurisprudência dos valores* (ou *jurisprudência dos princípios*) com a *jurisprudência dos problemas* (ou *Tópica*) contribuíram para formar a espinha dorsal desta Nova Hermenêutica fundada nos princípios (*op. cit.*, p. 256).

Há uma antinomia¹⁶ entre os princípios — de um lado, a liberdade de imprensa e, de outro, a proteção à imagem —, mas essa antinomia é só aparente, pois os princípios constitucionais não são, como de forma corrente se afirma, absolutos; portanto, devem ser sopesados a cada caso, e, em conflito, surge a necessidade de se identificar, em cada caso concreto, qual se encontra em primazia, ocasionando, por conseguinte, uma mitigação na valoração do que com ele se contrasta.¹⁷

E é esse o maior escolho que se apresenta: em qual extensão e em qual profundidade a *imagem* pode ser atingida a pretexto de se exercer a *liberdade de imprensa*? Qual o critério a orientar qual princípio deve prevalecer?¹⁸

Pois bem. Para a solução de casos que envolvam este conflito, acreditamos ser de grande valia a *teoria dos papéis sociais*.

Por essa teoria, é possível identificar, na sociedade, inúmeros “*papéis sociais*”. Vale dizer — como uma informação objetiva —, há infindáveis *núcleos* de ações e comportamentos que são preenchidos, diuturnamente, por indivíduos.

Tanto como uma *personagem* em sua vida pessoal — como pai, marido, mulher, filha, estudante, vizinho, torcedor etc. —, ou na profissional — como médico, empresário, trabalhador braçal ou desempregado —, como ainda nas infinitas *áreas de relacionamento* — lazer, educação, trabalho, família etc. —, que se intercomunicam e, ao mesmo tempo, representam o palco de atuação destas *personagens*, há, no mundo fenomênico, estes núcleos de *imagens (personagens) e ações e comportamentos (áreas de relacionamento)*.

Pela *teoria dos papéis sociais*, portanto, há diversos *núcleos* que enfeixam, em *cada caso concreto*, considerando de qual *personagem* se trata e em qual *área de relacionamento* se encontra, características próprias e objetivas.

A esses *papéis* as pessoas aderem espontaneamente.

¹⁶ Antinomia imprópria. Ver nota de rodapé nº 1.

¹⁷ Novamente, é preciso consignar: as propostas de Dworkin e Alexy sobre a compreensão da norma como gênero e as regras e os princípios como espécies, e a forma de solução de seus conflitos (regras) e de suas colisões (princípios), parece-nos ser, em qualquer situação, a melhor forma de primeiro ter contato com o caso a ser solucionado.

¹⁸ Na esteira da doutrina de Dworkin e Alexy é o que parece defender o jurista Cláudio Luiz Bueno de Godoy: “E, desde já cabe realçar, como princípios que são, os direitos da personalidade e a liberdade de imprensa suscitam constante concorrência, cedendo um, diante do outro, conforme o caso, e, no mínimo possível, mas nunca se excluindo, reciprocamente, como aconteceria se se tratasse de simples regras” (*A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*, São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001, p. 68).

Não a um ou a outro exclusivamente, mas a diversos ao mesmo tempo, tal como o homem que, ao mesmo tempo em que é *pai*, também é um *empresário e representante da associação do bairro* em que mora.

E é por isso que o ser humano deve a esses *papéis* se amoldar, não transformá-los ao seu talento, à imagem que idealiza para si, *mas ao que a sociedade conhece e espera*, pois isso é ínsito à condição de viver em sociedade.

Percebe-se, nessa ordem de idéias, que o conceito de cada *papel social* é essencialmente mutável — aliás, como o próprio Direito, pela dinâmica que lhe dá a hermenêutica —, ao sabor da evolução histórica da civilização.

O jurista Luiz Antônio Rizzato Nunes, com muita propriedade, esclarece a respeito:

“Para essa teoria dos papéis sociais, o que vale é o dado objetivo da escolha. Não se está — isso não importa para o papel social — pensando na motivação que levou à escolha (...) nem na capacidade ou condição da pessoa que escolheu (...) nem ainda nos interesses que geraram a seleção (...). O que vale é a seleção objetivamente operada” (Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Material, São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p. 32).

E prossegue o professor, pouco mais adiante, ao remate oportuno:

“O indivíduo é uma soma de papéis e por vezes esse indivíduo, enquanto ser real, confunde-se com os papéis que exerce. O indivíduo é simultaneamente pai, filho, irmão, estudante, profissional, político, torcedor etc. num composto de papéis sociais. E, nesse ponto, podem estar papéis sociais públicos e privados, nem sempre sendo fácil distinguir quando o comportamento social real é de um ou de outro” (op. cit., p. 33).

A essa idéia acresça-se, ainda, a importante concepção de que a *intimidade* é a esfera mais íntima da pessoa humana, revelada por seus sentimentos mais circunscritos, introspectivos, e, circundando-a, há a *privacidade*, afeita à vida no âmbito familiar e amistoso; e, secundando essas duas, tendo-as em seu diâmetro, portanto, com maior largueza ainda, há o *relacionamento público*, que se refere à interação social.

A maior ou menor proteção do ordenamento jurídico a cada uma dessas

esferas da individualidade (*intimidade, privacidade e relacionamento público*) acontece na proporção do *papel social* que o indivíduo exerce *em cada caso concreto*, justificando-se, portanto, quando, a título de exemplo, para um empregado numa empresa da iniciativa privada há maior proteção à sua privacidade do que teria um funcionário público em cargo de chefia, mas este, por outro lado, mais proteção gozaria do que um agente político.

São *papéis sociais* diferentes, o que justifica tratamentos diferenciados na medida em que “(...) *cada um exerce papel diferente, a cada momento, e tem que obedecer às regras específicas de seu papel. Assim, no ambiente do lar, exerce o papel que lhe cabe no seio da família. Ao atuar profissionalmente, tem que se comportar conforme as regras do ambiente de trabalho. (...) Já, nas atividades de lazer, tem outros parâmetros para seu comportamento. Conforme o papel, na sociedade diferenciada, o ser humano deve protagonizar corretamente o personagem, por isso vai variar de indumentária, conforme o local, e a imposição do papel, tanto quanto vai se comportar conforme as regras de cada conjunto social, que será composto por diferentes seres humanos, como protagonistas*” (Renam Lotufo, *Curso Avançado de D. Civil*, v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 21; destacamos).

Cumprir identificar, portanto, em cada caso concreto, quais são os *papéis sociais* exercidos pelo autor e pelo réu e se esses *papéis* justificavam suas atitudes.

É necessário avaliar se quem reclama a ofensa à imagem se encontrava na situação descrita como *um* torcedor de futebol, ou *um* cliente num restaurante, ou *um* condômino numa assembléia de condomínio, ou *um* cidadão num ponto de ônibus a esperar a sua condução, enfim, num contexto em que a abordagem jornalística o trate com equivalência ao *papel social* exercido, ou se a cobertura jornalística, a pretexto da figura pública da personagem, olvida-se de que “(...) *deve distinguir interesse público do interesse ‘do público. Aquele compreende os assuntos que dizem respeito à comunidade, seus problemas e valores, seu futuro; esse último expressa, sob a forma de fenômeno coletivo, o que não passa de bisbilhotice frívola ou mórbida*” (Otavio Frias Filho, *Folha de S. Paulo*, 5 de outubro de 1997).

Do mesmo jaez são as lições do professor Gilberto Haddad Jabur:

“A pessoa notória tem sua circunscrição privada naturalmente diminuída pelo reconhecimento que alcançou perante o público ou certa comunidade. A impossibilidade de vetar as intrusões em sua esfera íntima

crece ou diminui na mesma proporção do aumento ou redução de sua determinada projeção. Determinada, porque não basta estar diante de alguém afamado — expressão muito ampla — para pressupor que sua privacidade possa, por qualquer razão e por qualquer um, ser a quebra, mesmo que parcial, da privacidade, a intromissão no círculo recôndito da pessoa. A pretensa divulgação deve estar necessariamente ligada, umbilicalmente jungida, a um dado ou aspecto pessoal responsável pela celebridade alcançada. Do contrário — e não pode haver exceção —, indevida e ilegítima será a difusão, que assume, por isso, cor de devassa” (Gilberto Haddad Jabur, *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 287).

Em interessante julgado da Corte Suprema Argentina, citado por Gilberto Haddad Jabur (*op. cit.*, p. 293), os elementos aqui tratados parecem ser bem sopesados:

“No caso de personagens célebres, cuja vida tem caráter público ou de personagens populares, sua atuação pública ou privada pode ser divulgada no que se relacione com a atividade que lhes confere prestígio ou notoriedade ou sempre que o justifique o interesse geral. Mas esse avanço sobre a intimidade não autoriza a causar dano à imagem pública ou à honra destas pessoas, menos ainda sustentar que não têm um setor, ou âmbito de vida privada, protegido de toda intromissão. Máxime quando sua conduta, ao longo de sua vida, não haja fomentado as indiscrições, nem por ação própria autorizando, tácita ou expressamente, a invasão de sua privacidade e a violação ao direito a sua vida privada em qualquer de suas manifestações.”

Muitas vezes, sem a exata percepção de que são os *papéis sociais* que orientam a solução do conflito destes princípios em estudo, os pronunciamentos judiciais acabam, mesmo assim, por orientar-se quase intuitivamente por esta forma de análise, como se nota, a propósito, no seguinte julgado:

“(…) se o órgão de imprensa, ainda que publicando notícia verdadeira, o faz de forma insidiosa, dando-lhe contornos de escândalo e de cometimento de atos abusivos, há de responder pelo agravo moral que do fato resultar” (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Ap. Civ. nº

4.118/96, 7ª Câ. Civ., julgado em 20 de fevereiro de 1997, relator desembargador Torres de Mello).

Ou, em decisão lembrada por Cláudio Luiz Bueno de Godoy (*op. cit.*, p. 83), do Tribunal de Justiça de Mato Grosso (Ap. Civ. nº 17.557, 2ª Câ. Civ., julgado em 17 de dezembro de 1997, relator desembargador José Ferreira Leite), com publicação na *RT* 741/357, em que se considerou que a divulgação do nome de um magistrado, mesmo considerando-o como pessoa diferenciada na sociedade em razão de seu papel social, que, enquanto pai de menor envolvido com outros menores cujos nomes dos pais foram preservados, em operação policial de fiscalização, não se justificava porque se destinaria tão-só ao aumento da vendagem com a manchete que destacava o fato de o genitor de um dos garotos ser uma autoridade pública.

Enfim. Recuar da fina suscetibilidade de quem se diz ofendido, ou do discurso retórico de quem pretende escusar a sua ação ofensiva é um dever de quem se propõe a resolver se, no caso concreto, houve ofensa à imagem ou o lídimo exercício dos direitos decorrentes da liberdade de imprensa, e a *teoria dos papéis sociais*, como um informe objetivo, em muito contribui para este desiderato.

Isso sem se olvidar que, para a solução desta colisão de princípios, é preciso reputar que não há que se investigar qual o princípio que *vige* — pois os dois são vigentes —, mas sim qual *vale* no caso concreto, ou em outras palavras, por comportar cada um destes princípios uma intensa carga valorativa, será diante da situação apresentada, e com o auxílio da *teoria dos papéis sociais*, que se fará a devida *ponderação de valores* a orientar qual o princípio que, naquela circunstância, deverá prevalecer: se o princípio da liberdade de imprensa ou se o princípio de proteção à imagem.

Neste breve artigo, portanto, não se tem a pretensão de encerrar tão polêmico e extenso assunto, mas ao menos de fomentar a consideração de conceitos que estão necessariamente imbricados e, por isso, devem necessariamente ser considerados.

O cotejo dos princípios da liberdade de imprensa e proteção à imagem já é, por si só, essencialmente complexo. No entanto, a ponderação da *teoria dos papéis sociais*, como forma de intelecção da medida em que deve predominar, em cada situação real, um ou outro princípio, de acordo com o âmbito de proteção de que se trata — se se cuida da intimidade, da privacidade

ou de um relacionamento público —, parece ser um mecanismo de grande valia a orientar as melhores soluções a serem encontradas.

IV. Bibliografia

- ALEXY, Robert. *Sistema Jurídico, Princípios Jurídicos y Razón Práctica*. México: Fontamara, 2002.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, 7ª ed., Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10ª ed., Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2001.
- BUENO DE GODOY, Cláudio Luiz. *A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade*, São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*, São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- FREITAS, Juarez. *O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Interpretação/Aplicação do Direito*, 2ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.
- LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de D. Civil*, v. 1, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- RIZZATO NUNES, Luiz Antônio. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor - Direito Material*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000.

Coordenação Geral
Des. Antonio Carlos Malheiros

Coordenação Editorial
Carlos César Costa Lacerda

Capa
Escola Paulista da Magistratura

Diagramação
Ameruso Artes Gráficas

Revisão
Onélia Salum Andrade

Formato Fechado
150 x 210 mm

Tipologia
AGaramond, Frutiger

Papel
Capa: Cartão Revestido 250g/m²
Miolo: Offset Branco 90g/m²

Acabamento
Cadernos de 16pp.
costurados e colados - brochura

Tiragem
3.500 exemplares

impressão e acabamento

imprensaoficial

Outubro de 2004

